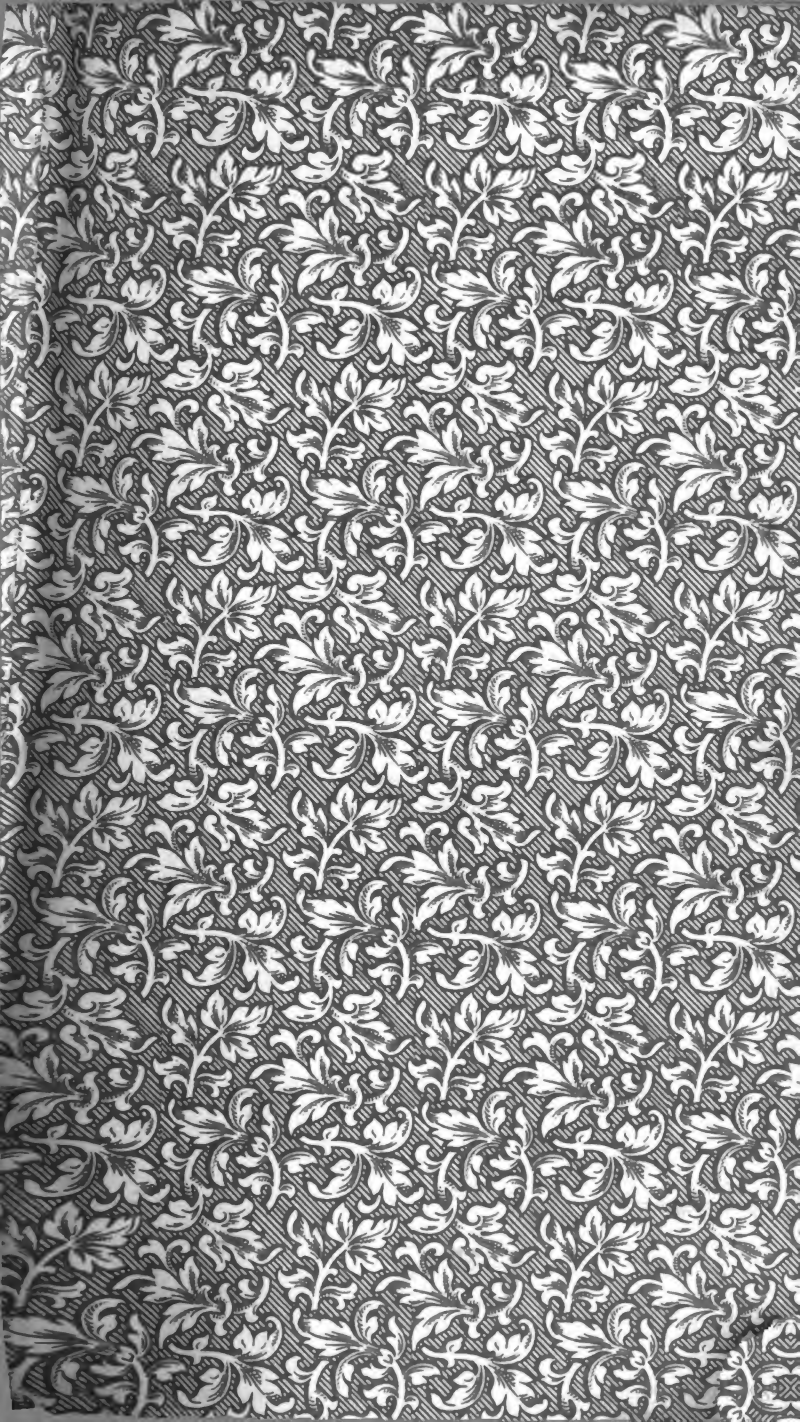

HD
HL 102T 4



Württembergisches Archiv
für
Recht und Rechtsverwaltung
mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben

von

Dr. F. Ph. F. Kübel,
Oberjustizrath,

und

Dr. E. O. C. Sarwey,
Rechtskonsulent.

Sechster Band.

Stuttgart, 1863.
Druck und Verlag von Chr. Fr. Cotta's Erben.
In Kommission bei **H. Lindemann.**

Inhaltsübersicht

des sechsten Bandes.

Seite

I. Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Seite

Seite

B. Prozeß.

III. Litterarische Mittheilungen.

IV. Miscellen.

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Zur Frage von der Cessibilität litigiöser Forderungen.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Während das ältere römische Recht nur eine Beschränkung in der Veräußerung von im Streit befangenen Sachen kannte,[1] wurde durch Justinian auch die Cession litigiöser Klagen und Forderungsrechte verboten, und es kann nach dem klaren Inhalt der dießfälligen Gesetzesstellen cst. 2. 4. Cod. de litig. (8, 37) ein gegründeter Zweifel nicht bestehen, daß Justinian, wie schon zuvor die Veräußerung litigiöser Sachen verboten war, auch die Abtretung litigiöser Klagen allgemein verboten hat. Aus Veranlassung der Entscheidung des hiesigen Obertribunals vom 15. Dezember 1843 in S. Sch. c. E. wurde zwar der Zweifel ausgesprochen, ob das in der angeführten Koderstelle enthaltene Verbot der Veräußerung litigiöser Klagen nach den Bestimmungen der Nov. 112. cap. 1. noch als giltig betrachtet werden könne, und solches nicht vielmehr hiedurch aufgehoben und das Verbot wiederum auf die Veräußerung litigiöser Sachen eingeschränkt worden seye. Allein die Novelle handelt, wie schon der Schluß der Vorrede und die Ueberschrift ergibt, nicht von der Litigiosität der Klage oder dem durch den Prozeß begründeten Hinderniß für den Kläger, sein Recht an Andere abzutreten, sondern von der Litigiosität der im Streit befangenen Sache, also dem für den Beklagten bestehenden Hinderniß, den Streitgegenstand zu

---

[1] Vergl. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte §. 29. Zimmermann, im Archiv für civ. Pr. Bd. 35, S. 431 ff.

veräußern.[2] Was eine res litigiosa sey, soll hier auseinandergesetzt werden, und dieß wird dahin beantwortet: „de cujus dominio causa inter petitorem et possidentem movetur", d. h. also eine Sache wird nur litigiös und fällt nur dann unter das Veräußerungsverbot, wenn solche mittelst dinglicher Klage als Eigenthum in Anspruch genommen wird.[3] Dieß hat aber mit dem Begriff der actio litigiosa und dem Verbot der Veräußerung derselben überall nichts zu thun. Zur Litigiosität der Klage bedarf es nichts weiter, als ihrer Rechtshängigkeit,[4] und es sagen die Gesetze ganz allgemein, daß jede Klage, quae in judicium deducta est, lite pendente nicht veräußert werden dürfe, und zwar ohne zwischen dinglichen und persönlichen Klagen zu unterscheiden. Demzufolge ist von den Rechtslehrern auch allseitig anerkannt, daß nach römischem Recht eine zum Prozeß gebrachte Klage, möge sie nun eine dingliche oder persönliche seyn, nicht mehr abgetreten werden dürfe.[5] Eine andere Frage

---

[2] Mühlenbruch, Cession §. 31, S. 386, 387. Wächter, Erört. Heft 3, S. 114, 115. Lauterbach, Coll. Pand. Tom. III., lib. XLIV., Tit. 6, §. 4.

[3] Wächter, württ. Priv.R. Bd. 2, S. 528, 529. Glück, Comm. Thl. 3, S. 399, 400. Spangenberg, im Archiv f. civ. Pr. Bd. 9, S. 406 ff. Zimmermann, ebendas. Bd. 35, S. 441 ff., 446 ff. und im Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. 1, S. 4 ff. Seuffert, Archiv Bd. 6, Nr. 20.

[4] Der hiefür entscheidende Prozeßabschnitt ist die Litiscontestation. Vergl. Mühlenbruch, Cession (3. Aufl.) S. 386 ff. Wächter, Erört. Heft 3, S. 114 ff.

[5] Wächter, württ. Priv.R. Bd. 2, S. 534. Strippelmann, Entsch. des Oberappellationsgerichts zu Kassel Thl. 5, Abth. 2, S. 422. Zimmermann im Archiv f. civ. Pr. Bd. 35, S. 440. Hartter, in der Zeitschr. f. Civ.R. u. Proz. N. F. Bd. 12, S. 423 ff. Auch Lauterbach, loco cit. §. 2, 6, 7, 9 sagt ausdrücklich, daß jede Klage, seye sie Real- oder Personalklage, litigiös werde und daher unter das Veräußerungsverbot falle, sobald sie rechtshängig geworden, und nur zur Litigiosität der Sache es der Anstellung einer Realklage bedürfe.

ist es, ob das römische Verbot der Cession litigiöser Forderungen heutzutage bei ganz veränderten Verkehrsverhältnissen, Rechtsanschauungen und Prozeßgesetzen noch Anwendung finden kann, und es hat das hiesige Obertribunal in dem schon angeführten, am 15. Dezember 1843 entschiedenen Falle angenommen, daß das fragliche Verbot als durch die gemeine Praxis aufgehoben zu betrachten seye.[6] Nun ist es allerdings richtig, daß eine solche Praxis insbesondere von älteren Rechtsgelehrten und Praktikern mehrfach bezeugt, und behauptet wird, daß nach heutiger Gewohnheit das fragliche Verbot nicht mehr giltig seye. Wie Spangenberg[7] ausgeführt hat, ist diese Ansicht zuerst hauptsächlich durch französische und holländische Rechtsgelehrte, unter welch' letzteren insbesondere H. Grotius, Wissenbach und Voët, mit Rücksicht auf die nach französischem und holländischem Recht anerkannte Unanwendbarkeit des Verbots vertheidigt,[8] und hierauf derselben namentlich durch Struv und Berger auch in Deutschland in Theorie und Praxis Eingang verschafft worden.[9] Aus der älteren Praxis ist durch Berger ein Erkenntniß der Leipziger Juristenfakultät von 1708 bekannt, worin sich gegen die heutige Anwendbarkeit des Verbots ausgesprochen worden, und Cramer führt ein Erkenntniß des Reichskammergerichts von 1758 an, wonach in gleicher Weise entschieden wurde;[10] ebenso sprach sich das Oberappellationsgericht

---

[6] Sarwey, Monatschr. Bd. 13, S. 469. Berner-Schäfer, das Verf. S. 309.

[7] Im Archiv für civ. Pr. Bd. 9, S. 408.

[8] **Wissenbach**, Exercitat. ad Pand. Disp. 25, lib. 44, Nr. 26, p. 913. **Voët**, Comm. ad Pand. Lib. XLIV., tit. 6, §. 3.

[9] **Struvius**, Syntagma juris civ. Exercit. 46, lib. 44, tit. 6, thes. 51. **Berger**, Oeconom. jur. Lib. III., tit. 5, th. 5, nota 22. **Hellfeld**, Jurispr. for. Lib. 44, tit. 6, §. 1898, 1899. Glück, Comm. Thl. 16, S. 384, Note 94. Claproth, Rechtswissenschaft Thl. 2, §. 278.

[10] **Cramer**. Observ. jur. univ. obs. 491, p. 123.

zu Celle in einem Erkenntniß vom 8. September 1826 aus,[11] und auch in einem von Hufnagel[12] mitgetheilten Erkenntniß des württembergischen vormaligen Provinzialjustizkollegium zu Rottenburg vom 14. Aug. 1812 ist gesagt, daß die Veräußerung einer rei vel actionis litigiosae wenigstens nach der Praxis für giltig erkannt werde. Demgemäß behauptet auch Reyscher,[13] daß nach der Praxis rechtshängige Forderungen abgetreten werden können; er beruft sich jedoch hiefür nur auf Struv, Berger und Glück, ohne weitere Rechtssprüche aus der Praxis beizubringen. Ebenso wird von Zimmermann[14] angenommen, daß nach der Praxis der deutschen Gerichte die Cession litigiöser Klagen, jedoch unbeschadet aller Rechte des Beklagten, wie sie gegen den Kläger bestanden haben würden, gestattet seye. Auch er weiß sich jedoch für die angebliche gemeine deutsche Praxis nur auf die schon angeführten wenigen Erkenntnisse zu berufen. Der neueste mir bekannte Schriftsteller, welcher unsere Frage eingehend behandelt hat, Hartter, ist gleichfalls der Ansicht, daß das römische Verbot der Veräußerung litigiöser Rechtsansprüche nicht mehr anwendbar und somit die Cession litigiöser Klagen und Forderungen unbedingt erlaubt seye; er stützt jedoch diese seine Ansicht nicht auf eine dem Verbot derogirende Praxis oder Gewohnheit, sondern es sucht derselbe nachzuweisen, daß das römische Verbot, welches seinen Grund darin gehabt, dem Beklagten die in der deductio in judicium begründete Sachlage zu wahren und ihn bei einer Cession vor erergangenem Urtheil während der Litispendenz vor einer Prozeßwiederholung mit einem neuen Gegner zu schützen, in Folge der veränderten Prozeßgrundsätze unpraktisch

---

[11] Spangenberg, Forts. v. Bülow's u. Hagemann's prakt. Erört. Bd. 8, Abth. 2. Nro. 9, S. 84.

[12] Mitth. Bd. 1, S. 228.

[13] Württ. Priv.R. Bd. 2, §. 525, Note 5.

[14] Im Archiv für civ. Pr. Bd. 36, S. 55 ff. u. S. 65.

und bedeutungslos geworden, und daher als antiquirt zu betrachten seye, da der heutige Prozeß aus sich selbst kraft der richtigen Entwicklung der objektiven Bedeutung der Litispendenz den Beklagten gegen schädliche Folgen böswilliger Veräußerungen beschütze, und somit selbst dem Beklagten diejenigen Garantieen biete, welche das römische Recht durch den Nothbehelf des Veräußerungsverbots habe erreichen wollen.[15] Der Ausführung Hartters hat sich Holzschuher[16] angeschlossen, und in ähnlicher Weise hatte sich schon früher Sintenis[17] ausgesprochen, welcher jedoch der von ihm erkannten Zwecklosigkeit und Entbehrlichkeit des Verbots ungeachtet solches dennoch als bestehendes und giltiges Recht betrachtet. Vom gemeinrechtlichen Standpunkte aus wird man letzterem beipflichten müssen, wie denn auch von der Mehrzahl der Theoretiker und Praktiker das Bestehen eines dem fraglichen Verbot derogirenden gemeinen deutschen Gewohnheitsrechts in Abrede gezogen und die fortdauernde Giltigkeit und Anwendbarkeit des Verbots auch heutzutage behauptet wird,[18] und ebenso das Oberappellations-

---

[15] Hartter in d. Zeitschr. für Civ.R. u. Proz. N. F. Bd. 12, §. 14, S. 425, §. 19, S. 435, §. 24, S. 445.

[16] Theorie und Casuistik (2. Aufl.) Bd. 3, S. 121, 122.

[17] Civilrecht Bd. 1, S. 336.

[18] Stryk, de juribus et actionibus non cessibilibus. Cap. VI. §. 1; usus modern. 44, 6. Mevius, Decis. Pars IV. decis. 350. Brunnemann, de cessione act. Cap. IV. §. 10. cf. §. 2, 3. Lauterbach, Coll. Pand. Tom. III. Lib., XLIV.. Tit. 6, §. 15, 22. Malblanc, Princ. §. 369. Hofacker, Princ. jur. civ. §. 1945. Thibaut, Pand. (8. Ausg.) §. 532, Note f. g. Schweppe, röm. Privatrecht Bd. 1, §. 162 a. Bd. 3, §. 398. Wening-Ingenheim, Civilrecht (3. Aufl.) Bd. 1, §. 52. Mackeldey, Lehrb. des heut. röm. Rechts Bd. 2, §. 335, Note e. Mühlenbruch, Cession §. 31, Note 319. Göschen, Vorlesungen Bd. 1, §. 165. Wächter, württ. Privatrecht, Bd. 2, S. 534, 535. Derselbe, Erört. Heft 3, S. 114. Brinkmann, über Litigiosität §. 11. Unterholzner, Schuldverh. Bd. 1, S. 209, 607. Sintenis, Civilrecht Bd. 1, S. 336, Bd. 2,

gericht zu Lübeck in Entscheidungen vom 31. Mai 1845, 30. November 1850 und 31. Mai 1856, das Oberappellationsgericht zu Jena in einer Entscheidung vom 28. Dez. 1833, das Oberappellationsgericht zu Wiesbaden in einer Entscheidung vom 4. Oktober 1853 und das Oberappellationsgericht zu München in einem Falle, welcher nach gemeinem Rechte zu beurtheilen war, am 27. Nov. 1857 dafür sich ausgesprochen haben, daß ein, das Verbot der Cession litigiöser Forderungen aufhebendes allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht nicht dargethan und das Verbot daher auch jetzt noch giltig und zur Anwendung zu bringen seye.[19] Hiemit übereinstimmend hat ein württembergischer Gerichtshof in einem von Hufnagel[20] veröffentlichten Erkenntniß vom 25. Februar 1834 bezeugt, daß sich bei diesem Gerichtshofe eine Praxis, wonach litigiöse Klagen cedirt werden können, nicht gebildet habe, und auch in Entscheidungen des Gerichtshofs zu Tübingen vom 15. Jan. 1847 und 10. Juni 1856 wurde ausgesprochen, daß eine Praxis in dieser Allgemeinheit nicht nachgewiesen sey; doch wurde bei diesen letzteren Entscheidungen angenommen, daß die Praxis das Verbot wesentlich beschränkt habe, wovon nachher die Rede seyn wird.[21] Ebenso ist bei der Entscheidung des hiesigen Obertribunals vom 8. März 1850 in S.

S. 814, Note 42. Vangerow, Leitfaden Bd. 3, §. 574, Anm. 2, Nro. 4, (Aufl. 6, S. 123). Puchta, Pand. §. 68, Anm. 4. Arndts, Pand. §. 113, Anm. 4, lit. h., §. 258, Anm. 3 (Aufl. 2, S. 141, 385,) Spangenberg, im Archiv für civ. Pr. Bd. 9, S. 410 ff. Martin, Lehrb. des Civilproz. (13. Aufl.) §. 156, Ziff. 5, Note e. Linde, Civilproz. §. 206, Ziff. 8. Flach, Entsch. d. Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden Thl. 3, S. 9 in der Note. Bayer, Vorträge (7. Aufl.) S. 337. Wetzell, System S. 26 u. 86 ff. Bolley, Entw. u. Anträge Bd. 1, S. 232.

[19] Seuffert, Archiv Bd. 5, Nro. 10 u. 84 u. S. 100. Bd. 11, Nro. 135, Bd. 12, Nro. 89, Bd. 14, Nro. 251.

[20] Mitth. aus der Praxis Bd. 1, S. 229.

[21] Ebendas. S. 555 ff. und Berner-Schäfer, das Verfahren, S. 309.

P. R. und R. c. Pl. die Richtigkeit des von dem Obertribunal bei der Entscheidung vom 15. Dezember 1843 aufgestellten Satzes, daß sich eine allgemeine deutsche Praxis für die Unanwendbarkeit des Verbots der Veräußerung litigiöser Forderungen gebildet habe, in Zweifel gezogen, und ein weiteres Eingehen auf den angeregten Zweifel nur durch die Erklärung des Cessionars abgeschnitten worden, daß er mit der Fortführung des Rechtsstreits durch den Cedenten einverstanden sey, und das gegen diesen ergehende Urtheil auch gegen sich gelten lassen wolle.

Uebrigens wird auch von solchen, welche die fortdauernde Giltigkeit des römischen Verbots behaupten, anerkannt, daß dasselbe als unnöthig und zwecklos sich legislativ nicht rechtfertigen lasse,[22] und Hufnagel[23] glaubt daher, daß die Praxis der den heutigen Rechtsbegriffen entsprechenderen Ansicht, welche eine litigiöse Klage als abtretbar betrachte, folgen sollte.

Einzelne Gesetzgebungen sind diesen Weg gegangen, indem sie das betreffende Verbot außer Wirkung gesetzt und die Abtretung litigiöser Klagen für zuläßig erklärt haben. So wurde das Verbot aufgehoben durch das preußische Landrecht Thl. I, Tit. 11, §. 383, 384 und 385, übrigens mit dem selbstverständlichen Beisatz, daß durch die Cession an der Lage des Prozesses nichts geändert werde, und mit der Beschränkung, daß die Cession nicht an Mitglieder des Gerichts erfolgen dürfe, wo die Sache anhängig geworden. Dasselbe gilt in Bayern nach den Bestimmungen des bayerischen Landrechts von 1616 Tit. 8, Art. 6 und von 1756 Thl. II, Kap. 3, §. 8, Ziff. 5, Thl. IV, §. 8, Ziff. a.,[24] und des Gesetzes vom

---

[22] Wächter, württ. Privatrecht Bd. 2, S. 534. Derselbe, Erört. Heft 3, S. 114. Bolley, Entw. u. Antr. Bd. 1, S. 232. Sintenis, Civilrecht Bd. 1, S. 336.

[23] Mitth. Bd. 1, S. 232 u. 555.

[24] Blätter für Rechtsanw. Bd. 10, S. 177, Bd. 17, S. 361.

22. Febr. 1855 Tit. 2. Ebenso bestimmt ein weimarisches Gesetz vom 6. Mai 1826, §. 2, daß auch Forderungen, über welche ein Rechtsstreit bestehe, giltig abgetreten werden können, und auch in Oesterreich besteht eine Beschränkung der Veräußerung bestrittener Ansprüche nicht, da das österreichische Gesetzbuch §. 1393 einer solchen Beschränkung nicht erwähnt.[25] Die französische Gesetzgebung, code civ. Art. 1699, 1700, läßt die Abtretung eingeklagter Ansprüche mit dem Vorbehalt zu, daß sich der Beklagte befreien kann, wenn er dem Cessionar den Cessionsschilling sammt Zinsen und Kosten erstattet.

Zwischen den beiden in Vorstehendem dargelegten Ansichten steht eine weitere dritte Ansicht in der Mitte, welche gleichfalls unter den Schriftstellern, wie in der Rechtsprechung Eingang gefunden hat. Nach dieser Ansicht ist zwar das römische Veräußerungsverbot noch immer in Kraft, allein es will demselben nur eine beschränkte Anwendung gestattet werden. Es wird dabei zumeist davon ausgegangen, daß der Grund und Zweck des Verbots der Abtretung litigiöser Klagen in ähnlicher Weise, wie dieß die Gesetze, l. 1, l. 4, §. 1, D. de alien. jud. mut. (4,7), l. 3, D. de litig. (44,6) und cst. 2 Cod. ne liceat pot. (2,14), bezüglich des Verbots der alienatio judicii mutandi causa bestimmen, darin bestehe, zu verhüten, daß nicht die Lage des Gegners durch die Veräußerung verschlimmert werde, woraus dann die Folgerung abgeleitet wird, daß das Verbot nur im Falle eines dem Gegner aus der Veräußerung erwachsenden Nachtheils Anwendung finden könne. So hat sich insbesondere Leyser,[26] unter Anführung eines Urtheils der Helmstädter Juristenfakultät von 1719, dahin ausgesprochen, daß die cessiones actionum litigiosarum heut zu Tage ohne Nachtheil des debitoris wohl geschehen können, und dieselbe An-

[25] Zeiller, Comm. Bd. 4, S. 84, Nro. 2.
[26] Med. spec. 518. med. 1.

sicht vertheidigt Pufendorf[27] und Hommel.[28] In der Praxis wurde dieselbe insbesondere von dem Oberappellationsgericht zu Cassel adoptirt, indem dieses in einer Reihe von Entscheidungen den Satz aufgestellt und zur Anwendung gebracht hat, es sey die Anwendung des Verbots der Veräußerung litigiöser Forderungen in ähnlicher Weise wie bei der alienatio judicii mutandi causa durch die Voraussetzung bedingt, daß die Lage des cedirten Schuldners in Folge der Cession sich verschlimmern werde, und somit, wo diese Voraussetzung eines dem Beklagten aus der Cession erwachsenden Nachtheils nicht zutreffe, die Cession erlaubt.[29] Derselben Ansicht folgte das württembergische vormalige Provinzialjustizkollegium zu Rottenburg bei der schon oben erwähnten Entscheidung vom 14. August 1812;[30] ebenso sprach der Gerichtshof zu Tübingen in der gleichfalls schon gedachten Entscheidung vom 15. Januar 1847 aus, daß die Praxis unter der Voraussetzung, daß der Beklagte durch den Wechsel in der Person des Klägers nicht gefährdet werde, die Abtretung litigiöser Klagen gestatte,[31] und in der weiteren auch schon oben angeführten Entscheidung desselben Gerichtshofs vom 10. Juni 1846 wurde wiederholt anerkannt, daß, wenn auch eine dem Veräußerungsverbot derogirende allgemeine Praxis nicht nachgewiesen sey, die Anwendung des Verbots doch davon abhänge, ob die Veräußerung dolo malo oder zum Nachtheil der Gegenpartei geschehen.[32] Hufnagel[33] glaubt nach seinen

---

[27] Observ. Tom. IV. obs. 201.

[28] Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Nro. 684. p. 383.

[29] Spangenberg, Entsch. des Oberappellationsgerichts zu Cassel Thl. 5, Abth. 2, S. 425 ff. 432, 434, 435, 437, 440. Seuffert, Archiv Bd. 3, Nro. 21.

[30] Hufnagel, Mitth. Bd. 1, S. 228.

[31] Ebendas. S. 555.

[32] Berner-Schäfer, das Verf. S. 309.

[33] Mitth. Bd. 1, S. 231.

Erfahrungen annehmen zu dürfen, daß die meisten württembergischen Gerichte in diesem Sinne urtheilen, und auch Schäfer[34] nimmt eine Praxis der württembergischen Gerichte insoweit als konstatirt an, daß die Abtretung litigiöser Klagen zugelassen werde, wenn die Veräußerung nicht in arglistiger Absicht zur Erschwerung der Rechtsvertheidigung des Beklagten geschehen. In Uebereinstimmung hiemit hat auch das hiesige Obertribunal in den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse vom 8. Sept. 1854 in S. Pf. c. B. bemerkt, daß die Abtretung von Klagrechten während eines Rechtsstreites von den württembergischen Gerichten zugelassen werde, wenn die Abtretung nicht in arglistiger Absicht und nicht zur Erschwerung der Rechtsvertheidigung des Beklagten, also nicht zu dessen Nachtheil, vorgenommen worden.

Dagegen hat Spangenberg[35] die theoretische Unhaltbarkeit dieser Ansicht nachgewiesen; ebenso ist derselben das Oberappellationsgericht zu Lübeck in der schon gedachten Entscheidung vom 30. Nov. 1850 entgegengetreten, da sich eine Beschränkung des Verbots der Cession litigiöser Forderungen auf den Fall eines für den Gegner daraus sich ergebenden Nachtheils in den Gesetzen nicht finde,[36] und auch das Oberappellationsgericht zu München hat in der oben angeführten Entscheidung vom 27. Nov. 1857 jene Ansicht verworfen, da die neuere Doktrin dargethan habe, daß das in cst. 4 Cod. de litig. (8,37) ausgesprochene Verbot der Cession litigiöser Forderungen ein selbstständiges, aus besonderen Motiven hervorgegangenes sey und daher aus anderen Gesetzen, insbesondere aus l. 4, §. 1 D. de alien. jud. mut. causa (4,7), l. 3 de litig. (44,6) cst. 2 Cod. ne liceat pot. (2,14),

---

[34] Berner-Schäfer, das Verf. S. 309.

[35] Im Archiv f. civ. Pr. Bd. 9, S. 412 ff.

[36] Seuffert, Archiv Bd. 5, Nro. 10.

welche Stellen die Abtretung im Prozeß befangener Klagerechte gar nicht betreffen, sich nicht interpretiren lasse.[37]

Ist hiemit dargethan, daß die verschiedenen auseinandergehenden Ansichten bezüglich der heutigen Anwendbarkeit des Verbots der Abtretung litigiöser Klagen und Forderungsrechte bis in die neueste Zeit in der Praxis wie in der Theorie Anerkennung und Anwendung gefunden haben und somit von einer gleichförmigen Manifestation einer im Volke lebenden Rechtsüberzeugung keine Rede seyn kann, so wird man darüber nicht wohl im Zweifel seyn können, daß die Annahme des Bestehens eines allgemeinen deutschen Gewohnheitsrechts, wodurch das Verbot aufgehoben worden, wie solches von dem hiesigen Obertribunal bei der Eingangs erwähnten Entscheidung vom 15. Dez. 1843 unterstellt wurde, sich nicht wird halten lassen, so wünschenswerth die vollständige Beseitigung des nicht mehr zeitgemäßen Verbots auch erscheinen möchte.

Dagegen wird man kein Bedenken tragen dürfen, das Bestehen eines, das Verbot auf den Fall der Benachtheiligung des Beklagten durch die Cession beschränkenden württembergischen Gewohnheitsrechts als zureichend dargethan anzunehmen. Denn nicht nur sind, wie gezeigt, mehrfache Erkenntnisse württembergischer Gerichte, so des Provinzialjustizkollegiums zu Rottenburg vom 14. August 1812, des Gerichtshofs zu Tübingen vom 15. Januar 1847 und 10. Juni 1856 und des K. Obertribunals vom 8. Sept. 1854 bekannt, in welchen der, schon von Leyser aufgestellte und von Pufendorf und Hommel vertheidigte und auch in der Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts zu Kassel adoptirte Satz[38] ausgesprochen worden ist, daß die Anwendung des Verbots der Veräußerung litigiöser Klagen und Forderungs-

[37] Seuffert, Archiv Bd. 12, Nro. 89.

[38] Vergl. Note 25—28.

rechte einen dem Beklagten daraus erwachsenden Nachtheil voraussetze, sondern es wurde dieser Satz bei den gedachten Entscheidungen ausdrücklich als ein von den württembergischen Gerichten anerkannter bezeichnet, und ebenso haben zwei erfahrene württembergische Praktiker, Hufnagel und Schäfer, das Bestehen einer solchen Praxis der württembergischen Gerichte bezeugt.[39] Auch würde sich, meiner eigenen Erfahrung zufolge, aus der Praxis der Untergerichte unschwer eine Reihe von Fällen nachweisen lassen, in welchen die dem Beklagten unnachtheilige Cession litigiöser Forderungen unbeanstandet zugelassen worden ist. Nun ist zwar nicht jede Gerichtspraxis an und für sich schon geeignet, zum Beweise eines Gewohnheitsrechts, als einer formell verbindlichen Rechtsquelle, zu dienen, da ihr in der Regel nur die Absicht der Auslegung und Anwendung des wahren Sinnes des geschriebenen Rechtes zu Grunde liegt, die aus der rein interpretativen Thätigkeit der Gerichte hervorgehenden Rechtssätze aber, soferne sie lediglich auf inneren Gründen beruhen, nur durch ihre wissenschaftliche Wahrheit eine Autorität haben und die Bedeutung eines Gewohnheitsrechts, als einer nicht im geschriebenen Rechte, sondern in dem nationalen Rechtsbewußtseyn wurzelnden gemeinsamen Ueberzeugung von einem Rechtssatze, niemals abgeben können. Allein die in Frage stehende Praxis verdankt ihre Entstehung offenbar dem Bestreben, einem im Volke allgemein anerkannten Rechtsbedürfnisse gerecht zu werden und ein gesetzliches Verbot zu beseitigen, das mit dem Streben der Gegenwart, die Freiheit jedes an sich zulässigen Verkehrs zu befördern und solchen von allen lästigen Hemmnissen zu befreien, in geradem Widerspruch steht, auch zumal bei der oft langen Dauer der Prozesse zu großer und unbilliger Belästigung des Klägers führt und zudem durch die veränderte Gestaltung

---

[39] Vergl. Note 25—33.

des heutigen Prozesses nutz- und zwecklos geworden und daher als mit dem heutigen Rechtsbewußtseyn unverträglich überall anerkannt ist.[40] Wo aber als Grund und Zweck eines Gerichtsgebrauchs der Wille sich darstellt, durch den aufgestellten Rechtssatz eine im Volke lebende gemeinsame Rechtsüberzeugung zum Ausdruck zu bringen und hiedurch das Rechtssystem mit dem lebendigen Rechtszustand zu versöhnen, bildet der Gerichtsgebrauch eines der sichersten Erkenntnißmittel des Bestehens eines Gewohnheitsrechts. Zwar wurden, wie oben angeführt worden, zur Begründung der durch die Praxis angestrebten Beschränkung des Cessionsverbots litigiöser Forderungen da und dort die bezüglich der alienatio judicii mutandi causa bestehenden Gesetzesbestimmungen zu Hilfe genommen und dadurch den Entscheidungen der äußere Schein einer bloßen Auslegung und Anwendung des geschriebenen Rechts gegeben. Allein nicht in dieser Auslegung des Gesetzes ist in Wirklichkeit der Grund und Anlaß der Aufstellung des fraglichen Rechtssatzes zu suchen, sondern in der Erkenntniß eines vorhandenen Rechtsbedürfnisses, wie dieß auch aus dem Bestreben der Praxis erhellt, über die gedachten Gesetzesbestimmungen hinauszugehen und das Cessionsverbot für unbedingt unanwendbar zu erklären, ein Bestreben, das sich auch in der oben angeführten Entscheidung des hiesigen Obertribunals vom 15. Dez. 1843 manifestirt hat. Die in einzelnen Entscheidungen sich findende Berufung auf Stellen des geschriebenen Rechts stellt sich daher nur als ein unrichtiges Mittel dar, den als ein Bedürfniß des Verkehrslebens erkannten und in der nationellen Rechtsüberzeugung wurzelnden Rechtssatz zur Geltung zu bringen. Hiedurch wurden aber die Aussprüche ihrer Bedeutung als Aus-

---

[40] Vergl. Note 21 und Hufnagel, Mitth. Bd. 1, S. 232. Hartter, in der Zeitschrift für Civ.R. u. Proz. N. F., B. 12, S. 391 ff., insbes. §. 19—24.

druck einer im Volke lebenden Rechtsüberzeugung nicht entkleidet, sie behalten ihre Wurzel im Rechtsbewußtseyn des Volks und es muß daher der durch sie sanktionirte Rechtssatz als Gewohnheitsrecht aufrecht erhalten bleiben, wenn auch die versuchte wissenschaftliche Begründung desselben als unhaltbar sich erwiesen hat.

Dieß ist von dem Oberappellationsgericht zu München bei der oben erwähnten Entscheidung vom 27. Nov. 1857 verkannt worden, indem dasselbe ausgesprochen hat, daß die von den älteren Praktikern, Leyser und Pufendorf, nachgewiesenen Fälle, in welchen streitige Forderungen für cessibel erklärt worden, nicht nur an sich (wohl wegen ihrer geringen Zahl), sondern auch darum nicht geeignet seyen, eine allgemeine, dem fraglichen Verbote derogirende Gewohnheit zu beglaubigen, weil aus den von jenen Praktikern beigebrachten Urtheilen erhelle, daß die Richter bemüht gewesen, durch eine, andere Gesetzesstellen zur Vergleichung ziehende Auslegung das besagte Verbot wegzuschaffen, und diese lediglich doktrinelle Auslegung nicht weiter zur Richtschnur dienen könne, sobald sie für unrichtig erkannt worden.[41] Es wäre dieß richtig, wenn anzunehmen wäre, daß die fraglichen Aussprüche der Praxis ihren letzten Grund in der Auslegung des Gesetzes haben, und diese Auslegung somit ihr wirkliches und alleiniges Fundament bilden würde; in diesem Falle könnte der Praxis die Bedeutung eines Erkenntnißmittels für das Bestehen eines Gewohnheitsrechts nicht zukommen, vielmehr müßte ihr, wenn die Unrichtigkeit der ihr zu Grund liegenden Gesetzesauslegung erkannt worden, ebendamit jede Bedeutung abgesprochen werden, und wenn man sie noch so lange für wahr gehalten und seit Menschengedenken in den Gerichten zur Anwendung gebracht hätte. Denn in diesem Fall wäre der Gerichtsgebrauch nicht die Uebung einer im Volke lebenden und

[41] Seuffert, Archiv Bd. 12, Nro. 89.

aus diesem hervorgangenen gemeinsamen Rechtsüberzeugung, sondern vielmehr nur die Uebung eines wissenschaftlichen Irrthums, welche mit der Erkenntniß des Irrthums der Wahrheit weichen müßte. Allein die fragliche, auf die Beschränkung des Verbots der Cession litigiöser Forderungen abzielende Praxis gründet in Wahrheit nicht in der Interpretation des Gesetzes, es wurde das Cessionsverbot durch die Praxis nicht darum beschränkt, weil die für richtig erkannte Gesetzesauslegung auf diese Beschränkung führte, sondern es wurde vielmehr Theorie und Praxis erst durch das für die Beschränkung sprechende Rechtsbedürfniß auf jene Interpretation und darauf geführt, mit Hilfe von Stellen des geschriebenen Rechts der Annahme einer Beschränkung des mit den Rechtsbedürfnissen der Gegenwart nicht mehr vereinbaren und dem heutigen Rechtsbewußtseyn widerstreitenden Cessionsverbots den Weg zu bahnen. Ihren eigentlichen Grund hat daher die in Frage stehende Praxis nicht in der Auslegung des Gesetzes, sondern in dem allgemein anerkannten rechtlichen Bedürfnisse und dem damit zusammenstimmenden, im Volke lebenden Rechtsbewußtseyn, und dieser Grund bleibt bestehen, wenn auch die aus dem geschriebenen Rechte hergeholten Stützen als haltlos sich erwiesen haben.[42]

Hienach muß als dargethan angenommen werden, daß in Württemberg das Verbot der Cession litigiöser Forderungen durch Gewohnheitsrecht auf solche Fälle beschränkt worden ist, in welchen die Cession zum Nachtheil des Beklagten geschehen, und es ist dieß auch auf den Grund der vorstehenden Ausführung in einer Entscheidung vom 8./10. Juli 1862 in S. der v. J.'schen Erben c. die A.'sche Abwesenheitskuratel von dem Obertribunal wiederholt ausgesprochen worden.

Vielleicht hätte die Praxis noch einen Schritt weiter

---

[42] Puchta, Vorles. (5. Aufl.) 1. Lief., Ziff. 1, S. 31 ff.

gehen und das ganze Verbot über Bord werfen dürfen, welches für unsere heutigen Verkehrsverhältnisse nicht mehr paßt, und bei der Verbindlichkeit des Cessionars, die Einreden, welche dem debitor cessus gegen den Cedenten zugestanden, auch gegen sich gelten zu lassen, und den begonnenen Prozeß in der Lage fortzuführen, in welcher er bei Abtretung der Klage war, nicht leicht mehr von Nutzen seyn wird. Allein jedenfalls ist die Beschränkung des Verbots auf den Fall einer Benachtheiligung des Beklagten als eine den rechtlichen Anschauungen und Bedürfnissen der Gegenwart gemachte Konzession willkommen zu heißen, und für die Regel wird dieselbe auch dem Rechtsbedürfnisse genügen, da die Fälle einestheils immerhin zu den seltenen zählen werden, wo die Cession einer litigiösen Forderung dem Beklagten zum Nachtheile geschieht,[43] anderntheils insoweit, als letzteres zutrifft, ein rechtliches Bedürfniß der Aufhebung des einmal bestehenden Cessionsverbots weniger vorliegt und wohl auch nicht als allgemein anerkannt sich wird behaupten lassen.

---

[43] Folgendes Beispiel, wo dieß der Fall war und die Cessionsbeschränkung sich demzufolge noch immer praktisch erwiesen, wurde mir von dem Herrn Mitherausgeber dieses Archivs mitgetheilt: v. M. hatte sich für 2400 fl. dem Handelsmann Baruch M. gegenüber verbürgt und später eine „Prolongation von 3000 fl." unterzeichnet, in der Meinung, dieses sey dieselbe Schuld. Baruch M. klagte nach 2 Jahren auf 2400 und 3000 fl., worauf unter Anderem excipirt wurde, daß nur Eine Bürgschaft von 2400 fl., wozu noch die Unterzeichnung eines Wechsels über 500 fl. gekommen, eingegangen worden sey. Baruch M. sistirte nun den Prozeß und ½ Jahr darauf trat ein Sohn desselben, Joseph M. als angeblicher Cessionar der 3000 fl. auf. Die Absicht war offenbar, beide Schulden zu trennen, wodurch die Vertheidigung wesentlich erschwert worden wäre, da sie eben auf der fortwährenden Vergleichung des ganzen Abrechnungsverhältnisses mit dem Hauptschuldner beruhte. Das Stadtgericht St. wies daher den Kläger auf Grund des Cessionsverbots ab.

2) Ueber die Frage der Erweiterung der Gerichtsbarkeit durch sog. objektive oder subjektive Klagenhäufung.

(Von Herrn Professor Dr. Geßler in Tübingen.)

Diese Frage ist für das bestehende württembergische Recht von Erheblichkeit, sofern die Gerichtsbarkeit der Gemeinderäthe in geringfügigen Streitsachen auf bestimmte Werthbeträge beschränkt ist; dieselbe gewinnt aber noch um so mehr an Bedeutung, wenn, verschiedenen Rechten der Gegenwart entsprechend, die Gerichtsbarkeit auch sonst noch nach Werthbeträgen des Streitgegenstandes abgegrenzt würde. Deßhalb wird es nicht unangemessen seyn, vom Standpunkt des gemeinen und württembergischen Rechts, sowie von legislativen Gesichtspunkten die Frage einer näheren Erörterung zu unterwerfen.

I. Gemeines Recht.

Die römische Gerichtsverfassung kannte gleichfalls Gerichte, deren Gerichtsbarkeit auf eine bestimmte Summe beschränkt war. Die Munizipalmagistrate hatten Gerichtsbarkeit in Civilsachen bloß bis zu einem bestimmten nicht genauer gekannten Werthbetrage, und da, wo keine Magistrate waren, hatte der defensor civitatis Civilgerichtsbarkeit in Sachen, ursprünglich bis zu 50 solidi, von Justinian an bis zu 300 solidi. Doch konnte deren Gerichtsbarkeit von den Parteien auch über diese Summe hinaus erstreckt werden. [1]

Ueber die Behandlung der Fälle der objektiven und subjektiven Klagenhäufung, sowie des Zusammentreffens von Vor- und Widerklage finden sich ausdrückliche Bestimmungen. [2]

---

[1] Paull. R. S. V. 5, §. 1; l. 74, §. 1. D. (5, 1); l. 28. D. (50, 1); cst. 1. 3. C. (1, 55); Nov. 15, c. 3, 4. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozesses Bd. 1, S. 125, 128 ff.

[2] L. 11 pr. §. 1, 2, D. (2, 1.) Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra jurisdictionem

Der Inhalt dieser ist richtiger Ansicht nach folgender:

1) Bei Theilungsklagen ist behufs der Bestimmung des Vorhandenseyns der Gerichtsbarkeit nicht der Werth des jedem Einzelnen zukommenden Antheils, sondern der Werth des zu theilenden Gegenstandes entscheidend.

2) Der Umstand, daß mehrere von einem Kläger vereinigt erhobene Klagen, von denen jede einzelne auf einen innerhalb der Gerichtsbarkeit des betreffenden Richters gelegenen Betrag gerichtet ist, bei einer Zusammenrechnung der Beträge diese Summe übersteigen, begründet keinen Ausschluß der Gerichtsbarkeit des betreffenden Richters.

3) Wird bei einem Richter mit hinsichtlich des Streitgegenstandes beschränkter Gerichtsbarkeit eine Klage erhoben, so erhält dieser Richter auch Gerichtsbarkeit über eine von dem Beklagten beabsichtigte, aus demselben Rechtsverhältnisse abgeleitete Gegenklage, selbst wenn diese auf einen sonst vor diesem Richter nicht verfolgbaren Betrag gerichtet wäre.

Der erste Grundsatz berührt uns hier nicht weiter. Der zweite und dritte Satz scheinen aber auf verschiedenen

---

judicantis sit, coacervatis vero omnium excedat modum jurisdictionis ejus, apud eum agi posse, Sabino, Cassio, Proculo placuit; quae sententia rescripto Imperatoris Antonini confirmata est. Sed et si mutuae sunt actiones et alter minorem quantitatem, alter majorem petat, apud eundem judicem agendum est ei, qui quantitatem minorem petit, ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eundem litigare possim. Si una actio communis sit plurium personarum, veluti familiae herciscundae, communi dividundo, finium regundorum: utrum singulae partes spectandae sunt circa jurisdictionem ejus, qui cognoscit? quod Ofilio et Proculo placet: quia unusquisque de parte sua litigat; an potius tota res; quia et tota res in judicium venit et vel uni adjudicari potest? quod et Cassio et Pegaso placet: et sane eorum sententia probabilis est. Zu vergleichen auch l. 10, §. 1, D. (49, 1.)

Prinzipien zu beruhen. Während nach dem ersteren die für die einzelnen Klagen bestehende Gerichtsbarkeit durch die Vereinigung der Klagen nicht alterirt wird, soll die vereinigte Behandlung von Vor- und Widerklage eine Gerichtsbarkeit schaffen, welche vor der Vereinigung nicht stattgehabt hätte. Die Erklärung für das Letztere ist einfach darin gelegen, daß von Demjenigen, welcher einen ihm zukommenden geringeren Betrag bei dem Municipalmagistrate verfolgt, während er sich bewußt ist, daß sein Gegner einen weit höheren Betrag von ihm beansprucht, angenommen wird, daß er durch die Erhebung der Klage auch darein willige, daß der Gegenanspruch vor demselben Magistrate verfolgt werde. Hätte er dieses nicht gewollt, so würde er nur abzuwarten gehabt haben, bis sein Gegner ihn vor dem höheren Magistrate belangt. Wenn er nun nach der Erhebung der Klage den Einwand der mangelnden Gerichtsbarkeit für die Gegenklage geltend machen wollte, so würde ihm bei Berücksichtigung dieses Einwandes eine potestas calumniosa eingeräumt, denn er würde den Gegner unnöthigerweise in zwei Prozesse verwickeln, während bei einem Zuwarten von seiner Seite nur ein Rechtsstreit entstanden wäre. Ein freiwilliges Unterwerfen unter den Magistrat mit niedrigerer Gerichtsbarkeit ist ja nach dem Obigen überall gestattet.[3]

Mit den bisherigen Annahmen steht nicht im Widerspruche die l. 10, §. 1, D. de appell. Denn bei dieser ist eine Klage vorausgesetzt, welche nur auf mehrere Gegenstände geht (wie eine Mandatsklage, actio tutelae), während hier verschiedene Klagen vorliegen, welche nur in einem Verfahren verhandelt werden sollen.

Ehe die Untersuchung auf eine etwaige weitere Fortbildung dieser Grundsätze im gemeinen Rechte einzugehen

---

[3] Zu vergl. über die verschiedenen Ansichten hinsichtlich des Inhalts der l. 11, cit. Plank, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht S. 71 ff.

hat, wirft sich die Frage auf, ob eine sofortige Uebertragbarkeit derselben auf eine andere Gerichtsverfassung zulässig ist, oder mit anderen Worten, ob die Jurisdiction der Municipalmagistrate nicht noch eine weitere eigenthümliche, für die Behandlung ihrer Abgrenzung erhebliche Gestaltung hatte. Hiezu kann der Inhalt der l. 11 pr. cit. selbst Anlaß geben, sofern dieselbe nur ein agi posse, nicht die Nothwendigkeit, dort zu handeln ausspricht. Das Letztere findet jedoch seine Erklärung darin, daß der Praeses provinciae mit den Streitigkeiten von geringerem Werthe nicht behelligt werden kann, daß er aber, falls er dieselben annehmen will, hiezu vollkommen berechtigt ist.[4] Außer dieser Eigenthümlichkeit sind keine Grundsätze bekannt, welche von besonderem Einflusse hiebei seyn könnten. Eine weitere Entwicklung, welche im gemeinen Rechte speciell auf diese Fragen der Gerichtsbarkeit sich beziehen würde, liegt nicht vor.[5] Von mittelbarem Einflusse, insbesondere für die Auslegung einer späteren Gesetzgebung, können übrigens seyn:

1) ein theilweise veränderter Gesichtspunkt, von welchem die objektive und subjektive Klagenhäufung in dem gemeinen Rechte gegenüber von dem Inhalte des römischen Rechts aufgefaßt worden ist;

2) die sich hinsichtlich der Berechnung der Appellationssumme ausbildenden Grundsätze.

Zu 1. Während im römischen Rechte die Vereinigung mehrerer Klagen regelmäßig nur insoweit stattfindet, als eben durch die für die Klagen bestehende Gerichtsbarkeit und Zuständigkeit eine vereinigte Behandlung ermöglicht ist, so daß sie nur eine sekundäre Folge ist, so weisen verschiedene Einrichtungen des gemeinen Prozesses darauf hin, daß die Vereinigung verschiedener Kla-

---

[4] Plank, a. a. O. S. 79 zu vergl. auch Nov. 15, c. 4.

[5] Zu vergl. Plank, a. a. O. S. 366. Bayer, Civilprozeß S. 120, 544.

gen principaliter anzustreben ist, daß eben deßhalb, um sie zu ermöglichen, wenigstens in der Richtung eine Modifikation der Gerichtsverfassung eintritt, daß Richter, welche erst in zweiter Instanz zu richten haben würden, unmittelbar in erster Instanz die Rechtsstreitigkeiten zu behandeln haben. Dieß ist gelegen in dem sog. forum ex identitate fundamenti personali et reali, sofern dem Kläger die Verfolgung von Ansprüchen gegen mehrere Personen oder mehrere Sachen in einem Verfahren gerade dadurch ermöglicht werden soll, daß, wenn nur die Personen verschiedenen niederen Gerichten, aber einem gemeinsamen höheren Gerichte unterworfen sind, oder mehrere Sachen in verschiedenen Untergerichtsbezirken, aber in einem gemeinsamen Obergerichtsbezirke liegen, der Kläger sofort sich an das Obergericht in erster Instanz zu wenden berechtigt ist. [6]

Zu 2. Auf die hinsichtlich der Berechnung der Appellationssumme bestehenden Kontroversen ist hiebei nicht einzugehen; von Erheblichkeit ist nur, daß, obgleich das römische Recht keine genügende Begründung hiefür gibt, in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis sich die Ansicht gebildet hat, daß bei Klagenhäufungen, sey es unbedingt, oder doch in Fällen, in welchen den verschiedenen Ansprüchen eine Einheit des Rechtsverhältnisses zu Grunde liegt und hiemit ein gemeinsamer Streitpunkt gegeben ist, ein Zusammenrechnen der verschiedenen Beträge stattzufinden habe. Diese Annahme weist auf mehrere auch für die Frage der Gerichtsbarkeit überhaupt verwendbare Gesichtspunkte hin. Die Frage der Appellabilität enthält mittelbar auch eine Feststellung der Berechtigung beziehungsweise Verpflichtung eines Richters, sich der Entscheidung bestimmter Rechtssachen zu unterziehen: Dieselbe berücksichtigt das Interesse der Partei, auch die

---

[6] Zu vergl. hierüber Plank, a. a. O. S. 327 ff. Wetzell, Civilprozeß S. 320, N. 12—14.

Entscheidung eines höheren Richters zu erlangen; wird hiebei auf den Umstand Rücksicht genommen, daß die verschiedenen Ansprüche in einem Verfahren geltend gemacht werden dürfen, so zeigt sich auch hierin, abweichend von der Auffassung des römischen Rechts, daß die Zulässigkeit eines einheitlichen Verfahrens ein selbstständiges Prinzip bildet, welches zu Konsequenzen berechtigt, die bei getrennt verfolgten Ansprüchen nicht eintreten würden.

II. Württembergisches Recht.

Dasselbe kannte von jeher einige Berücksichtigung des Werths des Streitgegenstands für die Abgrenzung der Gerichtsbarkeit, sofern im fünfzehnten Jahrhundert die Stadt- und Dorfgerichte geringere Sachen unter weniger starker Besetzung der Gerichtsbank durch das s. g. Kleingericht oder selbst durch den Büttel erledigen ließen, worüber bereits die I. Landesordnung von 1495 eine feste Ordnung durch Bestimmung des Betrags einzuführen suchte. Auch das III. Landrecht unterscheidet zwar nicht mehr bei den Dorfgerichten, wohl aber bei den Stadtgerichten, volle Besetzung von einer geringeren, sofern eine Kommission, bestehend aus Stabsbeamten und vier Richtern, über Sachen bis zu 15, oder nach andern Stellen 20 Pfd. Heller (10 fl. 45 kr. beziehungsweise 14 fl. 30 kr.) erkennen sollte.[7] Nachdem die Civilgerichtsbarkeit den Dorfgerichten im Jahre 1811, so weit sie sich nicht auf Untergangssachen bezog, entzogen worden war, räumte bekanntlich das IV. Edikt vom 31. Dezember 1818 den Gemeinderäthen eine Gerichtsbarkeit in geringfügigen Streitsachen bis zu 30, beziehungsweise 20, und 15 fl. ein, sofern sie Räthe von Gemeinden I., II. oder III. Klasse sind.

---

[7] Zu vergl. Wächter, Württ. Privatrecht Bd. 1, S. 44 ff., S. 72, Note 8, S. 279, 651 ff.

Ein Ausspruch über die Grundsätze, welche bei Klagenhäufungen anzuwenden sind, findet sich in der Gesetzgebung nicht. Ist deßhalb diese Frage selbstständig zu lösen, so ergibt die bisherige Entwicklung, daß das gemeine Recht zwei verschiedene Auffassungen ermöglicht: die Annahme des römischen Rechts, oder eine der Ansicht der gemeinrechtlichen Doktrin über die Berechnung der Appellationssumme sich anschließende. Würden wir nach allgemeinen Grundsätzen im Zweifelsfalle die erstere, welche gerade den in Frage stehenden Gegenstand selbst regelt, vorzuziehen haben, so ist doch oben gezeigt, daß in der gemeinrechtlichen Doktrin selbstständige, vom römischen Rechte abweichende, Prinzipien hinsichtlich der Auffassung der Klagenhäufung enthalten sind, an welche sich anzuschließen, durch die sonstigen Bestimmungen der Gesetzgebung des einzelnen Staats nahe gelegt seyn kann. Von Bedeutung vermag hiebei das Besondere zu seyn, daß die Gerichtsbarkeit der Gemeinderäthe als eine mehr exceptionelle aufgefaßt wird, bei welcher deßhalb eher eine Beschränkung als im Sinne des Gesetzgebers gelegen anzunehmen ist. Auf eine solche Auffassung weisen die Bestimmungen des IV. Edikts, §. 4, Nro. 4, §. 13, Z. II, §. 15, Z. 2 a hin, wornach die Gerichtsbarkeit der Gemeinderäthe nicht begründet ist, wenn der Streitgegenstand das ganze Vermögen einer Partei ausmacht, sodann eine Partei die dem Betrage nach vor den Gemeinderath gehörige Streitsache an das Oberamtsgericht zu bringen vermag, wenn die Entscheidung vorzüglich auf einer schwierigen Rechtsfrage beruht, endlich bei wesentlichen Mängeln hinsichtlich der Person der Parteien oder in dem Verfahren die Streitsache nach Aufhebung des gemeinderäthlichen Verfahrens stets bei den Oberamtsgerichten zu behalten ist. Hiernach wird die Anwendung der Analogie der Grundsätze, welche bei Berechnung der Appellationssumme gelten, mehr begründet seyn und somit, wenn die verschiedenen Rechtsstreitigkeiten einen gemeinsamen Streitpunkt

haben[8] und die hievon abhängigen Ansprüche einen vor die Gemeinderäthe sich eignenden Betrag übersteigen, die Gerichtsbarkeit der letzteren ausgeschlossen seyn.

Dagegen ist es nicht gerechtfertigt, in allen Fällen der Klagenhäufung den gleichen Grundsatz anzunehmen, sofern hiefür keine Stütze in dem sonst bestehenden Rechte vorhanden ist und das römische Recht, wie die allgemeine Auffassung im gemeinen Rechte für die Erhaltung der hinsichtlich der einzelnen Klagen bestehenden Gerichtsbarkeit sind.

Für den Fall einer Widerklage, welche den vor die Gemeinderäthe sich eignenden Betrag übersteigt, wird nur bei ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung der Parteien zur Verhandlung der Widerklage vor dem Gemeinderath die Gerichtsbarkeit desselben als zutreffend zu betrachten seyn, womit auch die Auffassung von Berner-Schäfer übereinstimmt.[9]

III. Legislativer Standpunkt.

Neuere Gesetzgebungen gehen regelmäßig weiter, sofern sie bei jeder Klagenhäufung ein Zusammenrechnen

---

[8] In dieser Weise wird sich die hinsichtlich der Berechnung der Appellationssumme bestehende Praxis bezeichnen lassen. Zu vergl. Berner-Schäfer, Civilprozeß S. 545 ff. Gemeinsam ist der Streitpunkt nicht bloß dann, wenn dasselbe Rechtsverhältniß zu Grunde liegt, sondern auch dann, wenn bei den verschiedenen Ansprüchen nur derselbe Thatumstand von Erheblichkeit ist.

[9] Civilprozeß S. 159 gegen Scheurlen Civilprozeß S. 266, zu vergl. auch Sarwey, Monatschrift Bd. 1, S. 509. Hier nur anzudeuten ist die weitere Frage, ob die Entscheidung über eine zur Kompensation benützte Gegenforderung von höherem Betrage, welche zunächst nur für einen dem gemeinderäthlichen Ressort unterliegenden Betrag geltend gemacht wird, auch hinsichtlich des höheren Betrags in Rechtskraft übergeht. Zu vergl. hierüber Leonhardt, hannover'sche Justizgesetzgebung Bd. 2, S. 13, 14. Sarwey, Monatschrift Bd. 19, S. 245, 249 ff., Bd. 20, S. 323 ff. Dieses Archiv Bd. 4, S. 247, 260.

der durch die einzelnen Klagen verfolgten Ansprüche und hiedurch den Uebergang des Rechtsstreits an das höhere Gericht vorschreiben.[10] Die Hannover'sche Prozeßordnung berücksichtigt namentlich auch den Umstand, daß im Wege der Einrede Forderungen in einem, den Ressort des Gerichts überschreitendem Betrage geltend gemacht werden, sofern hier die ganze Sache auf Antrag der einen oder andern Partei an das Gericht, in dessen Ressort Streitwerthe von diesem Betrage gehören, übergeht. Hiebei unterliegt der Bescheid, wodurch ein Richter den Mangel seiner Gerichtsbarkeit ausspricht und die Sache vor ein anderes Gericht verweist, keiner Anfechtung durch Rechtsmittel und ist für das Gericht, vor welches dieselbe verwiesen wird, verbindend.

Legislativ ist auch der Grundsatz, daß die verschiedenen Beträge bei Klagenhäufung stets hinsichtlich der Frage über die Gerichtsbarkeit zusammenzurechnen sind, der richtigere. Ist einmal für die verschiedenen Ansprüche ein Verfahren gestattet, und liegt einer Abgrenzung der

---

[10] Preußische Verordnung vom 21. Juli 1846, §. 32. (Heffter, preußischer Civilprozeß S. 92 ff.) Hannover'sche Civilprozeßordnung §. 2—4. Braunschweig'sche Civilprozeßordnung §. 21. Gesetz vom 25. Mai 1838 für Frankreich Art. 7—9. (**Boitard, leçons de procedure civile I.** S. 606.) Wenn die Motive zur hannover'schen Prozeßordnung (bei Leonhardt, Justizgesetzgebung II. S. 13) ein Stillschweigen der Gesetzgebung Frankreichs über diese Frage annehmen, so ist hiebei der Inhalt des bezeichneten Gesetzes nicht beachtet. Einer dem römischen Rechte sich anschließenden Auffassung folgt der Entwurf einer Civilprozeßordnung für Bayern von 1861, Art. 154, Abs. 3, sofern der Einzelnrichter auch über mehrere von dem Kläger gehäufte Klagen, welche zusammen einen seine Gerichtsbarkeit überschreitenden Betrag ausmachen, zu erkennen befugt ist (zu vergl. noch Art. 50). Auch gibt der Entwurf dem Einzelnrichter die Ermächtigung zur Aburtheilung einer einen höheren Betrag erreichenden Widerklage, wenn Vor- und Widerklage aus demselben Rechtsverhältnisse entspringen oder die Gegenansprüche zugleich als Einreden gegen die Vorklage geltend gemacht werden (Art. 17).

Gerichtsbarkeit nach dem Werthe des Streitgegenstands [11] regelmäßig die Auffassung zu Grunde, daß für die höheren Beträge eine tüchtigere Besetzung des Gerichts gewährt werden soll, so hat wenigstens bei der objektiven Klagenhäufung für die Betheiligten der eine Prozeß, in welchem verschiedene Ansprüche mit dem höheren Werthbetrage verfolgt werden, gerade dieses besser geschützte Interesse und ist das Angehen des entsprechenden Gerichts deßhalb zu gestatten.

Der Kläger hat es zwar in der Hand, durch die Vereinigung der verschiedenen Ansprüche seinem Begehren erst dieses höhere Interesse zu geben, allein, nachdem die Vereinigung für ihn ein Recht ist, dessen Geltendmachung sogar im öffentlichen Interesse gelegen seyn kann, so vermag dieser Umstand nicht in Betracht zu kommen.

Bei der subjektiven Klagenhäufung verfolgt jeder Einzelne ein geringeres Interesse, allein das eine Verfahren soll doch eine Entscheidung über einen sonst nur dem höheren Gerichte zustehenden Betrag herbeiführen und ist mit Rücksicht hierauf die Annahme der Gerichtsbarkeit des Richters für diesen höheren Betrag gerechtfertigt. [12]

---

[11] Zu vergl. auch l. 21, D. (44, 1), l. 4, D. (4,1) über den Einfluß des Werths des Streitgegenstands, um eine Rechtssache für eine wichtigere anzunehmen.

[12] Für eine mit gegenwärtiger Frage nur in sehr entferntem Zusammenhange stehende, ob das Gericht des Prozeßorts auch unumschränkte Gerichtsbarkeit habe, über die Verpflichtung zur Zeugnißablegung zu erkennen, oder ob die letztere von dem Gerichte, vor welchem der Zeuge seinen ordentlichen Gerichtsstand habe, festzustellen sey (zu vergl. Seuffert, Archiv Bd. 14, S. 408, dieses Archiv Bd. 5, S. 458), bietet wohl l. 13—15, C. 4, 20 eine Analogie dar, sofern hiernach der Richter gegen Zeugen, welche im Prozesse sich einer Lüge schuldig machen, eine Befugniß zur Verurtheilung in Strafe und Schadensersatz hat, welche durch die Berufung auf einen befreiten Gerichtsstand regelmäßig nicht ausgeschlossen wird. Bestehen auch Zweifel darüber, ob diese Strafgewalt sich auf die Aburtheilung des Verbrechens des Falsum selbst bezog und ob sie

3) Die Präclusion bekannter Gläubiger im Konkurse; ein Beitrag zur Auslegung des §. 32 der Justiznovelle vom 15. September 1822.

(Von Herrn Oberjustizrath Boscher in Eßlingen.)

Nach §. 166 und 179 des IV. Edikts vom 31. Dez. 1818 sind zu der Liquidationsverhandlung im Gantverfahren die bekannten Gläubiger speziell, die unbekannten ediktaliter vorzuladen, und zwar hat diese Ladung nach §. 180 des IV. Edikts unter dem Präjudiz des Ausschlusses von der Masse zu erfolgen. Hinsichtlich dieses Präjudizes enthält der §. 32 der Justiznovelle vom 15. Sept. 1822 folgende nähere Bestimmung: „unbekannte Gläubiger [1] werden mit ihren Ansprüchen an die Masse gänzlich ausgeschlossen. Ebenso bleiben die Forderungen bekannter Gläubiger unbeachtet, wenn ihre Ansprüche nicht schon aus den Gerichtsakten ersichtlich sind. Tritt dagegen der letztere Fall ein, so sind die Ansprüche zwar zu berücksichtigen, und es finden auch bei solchen nicht erschienenen bekannten Gläubigern die in den §§. 171 und 179 des Edikts aufgestellten Regeln für das Beweisverfahren ihre Anwendung; [2] es hat jedoch der saumselige Gläubiger den der Gantmasse durch sein Ausbleiben etwa verursach-

---

jedenfalls in dieser Weise noch gemeinrechtlich bestehen würde (zu vergl. Plank, a. a. O. S. 317, N. 23, 24), so ist doch hierin das Anerkenntniß ausgedrückt, daß der Zusammenhang, in welchem eine Zeugenvernehmung mit einem einzelnen Rechtsstreite stehe, zur Beseitigung der sonst bestehenden Schranken der Gerichtsbarkeit und so wohl auch der Zuständigkeit berechtigen könne.

[1] D. h. solche, welche bei der Liquidationsverhandlung nicht erschienen sind, oder nicht vor oder bei derselben schriftlich recessirt haben; vergl. §. 30 der Justiznovelle.

[2] Die Regeln für das Beweisverfahren sind dieselben, wie für das ordentliche Civilverfahren nur mit möglichster Abkürzung und Vereinfachung. Offenbar wollte aber der Gesetzgeber hier nicht sowohl bestimmen, wie, sondern daß ein Beweisverfahren im einzelnen Falle einzuleiten sey. Vergl. Sarwey, Monatschr. Bd. 1, S. 215.

ten Schaden zu vergüten; auch ist er bei Borg= und Nachlaßvergleichen als der Mehrheit der Gläubiger seiner Kategorie beitretend anzunehmen." Diese Bestimmung gehört, wie sich aus der nachfolgenden Darstellung ergeben wird, zu den zweifelhaftesten und bestrittensten unserer Gesetze und es leuchtet von selbst ein, daß es im einzelnen Falle von der höchsten Bedeutung seyn kann, ob ein Gläubiger von Amtswegen zu berücksichtigen, oder von der Masse auszuschließen sey, und daß daher durch eine verkehrte Anwendung jener Gesetzesbestimmung sehr großes materielles Unrecht zugefügt werden kann.[3] Früher war die Frage in den meisten Fällen aus dem Grunde nicht praktisch, weil sich die Aktivmasse in der Regel in der dritten oder gar schon in der zweiten Klasse erschöpfte. Seitdem aber die Zahl der Gantprozesse sich sehr wesentlich vermindert hat, und, was aus der gleichen Ursache herrührt, seitdem meistens größere Aktivmassen erscheinen, welche auch den Gläubigern der IV. oder V. Klasse noch Hoffnung auf theilweise Befriedigung gewähren, gewinnt der oben angeführte §. 32 wieder eine größere praktische Bedeutung.

Mit der Auslegung dieser Gesetzesstelle haben sich zwar früher schon Scheurlen[4] und Sarwey,[5] von deren Arbeiten in diesem Aufsatze noch näher gesprochen werden wird, und in neuerer Zeit auch Fecht[6] beschäftigt, und die Frage: welche Gläubiger von Amtswegen zu berücksichtigen seyen, ist insbesondere von Sarwey in einer ebenso scharfsinnigen als gründlichen und praktischen Weise behandelt worden. Indessen wird man sich doch nicht mit allen von ihm aufgestellten Sätzen einverstanden erklären können, und es dürfte daher mit den seitherigen

[3] Eine hieher bezügliche Entscheidung wird mitgetheilt von Kübel in diesem Archiv Bd. 4, S. 201.

[4] In Hofacker's Jahrbüchern Bd. 3, S. 224 ff.

[5] In seiner Monatschrift Bd. 1, S. 201 ff.

[6] Konkursverfahren S. 131 ff.

Erörterungen der Streit, welcher sich über den Sinn und die Bedeutung des §. 32 erhoben hat, noch nicht als abgeschlossen betrachtet und ein weiterer Beitrag zur Erläuterung der zweifelhaften Frage nicht unwillkommen seyn. Der gegenwärtige Aufsatz sucht nun einen doppelten Zweck zu erreichen: einmal das für eine künftige Gesetzgebung erforderliche Material zusammenzustellen, und sodann zur Beleuchtung dieser Materie und womöglich zu einer gleichförmigen Anwendung des erwähnten Gesetzes beizutragen. Jedenfalls dürfte den Untergerichten ein Leitfaden in vorkommenden Fällen nicht unerwünscht seyn.

§. 1.

Dem Einsender ist es zwar nicht gelungen, Entscheidungen, in welchen sich die Ansichten der Gerichte scharf ausgeprägt hätten, aufzufinden. Wohl aber kam die Frage von der Auslegung des §. 32 der Justiznovelle bei verschiedenen Gerichtsvisitationen wiederholt zur Erörterung, weil sich bei solchen Anlässen die Verschiedenartigkeit in der Auffassung und Anwendung jenes Gesetzes besonders deutlich zeigte.

So wurde bei der Visitation des Oberamtsgerichts K. im Jaxtkreis im Jahr 1832 von dem damaligen Visitator bemerkt: im §. 32 werden *bekannte* Gläubiger vorausgesetzt; deren Ansprüche werden dem Oberamtsgerichte meistens aus den Gerichtsakten, namentlich aus der Vermögensuntersuchung bekannt; es können daher, da auch bekannte Gläubiger ausgeschlossen werden dürfen, hier nicht alle Akten des Oberamtsgerichts gemeint seyn, wenn etwa in denselben die Schuld angezeigt sey, wie denn insbesondere die Vermögensuntersuchung, da in dieser die Schulden häufig nur nach den Angaben des Schuldners aufgenommen werden, nicht zu diesen Gerichtsakten zu zählen seyn werde, weil es sonst keine *bekannte* Gläubiger, die nicht berücksichtigt werden sollen, geben würde. Vielmehr scheinen nur solche Akten des Oberamtsgerichts, in wel-

chen sich die Liquidität der Forderung schon nachgewiesen finde, wie richterliche Erkenntnisse, Unterpfandsbücher, welche das Oberamtsgericht alsbald einzusehen vermöge und einsehen solle, verstanden zu seyn. Schließlich wurde, da dieses immer zweifelhaft bleibe, gegen das K. Justizministerium der Wunsch ausgesprochen, daß hier eine authentische Auslegung gegeben werden möchte.

In demselben Jahre 1832 wurden auch zwei Oberamtsgerichte des Donaukreises visitirt. Bei dem einen hatte der Visitator auszustellen, daß alle bekannten Gläubiger ohne Unterschied, ob sie geklagt haben, ob also schon gewiß ist, daß sie Ansprüche machen oder nicht, ohne alles Präjudiz vorgeladen werden. Dieß geschieht, ist in dem Visitationsberichte gesagt, in Folge unrichtiger Auslegung des §. 32 der Justiznovelle. Gemeindepfleger oder andere Pfleger oder Curatoren werden dagegen unter Strafandrohung zur Liquidationshandlung vorgeladen, was in dem Falle, wenn die Forderungen (Ansprüche) ihrer Verwaltungen nicht schon aus den Gerichtsakten ersichtlich sind, d. h. wenn nicht schon aus diesen Akten hervorgeht, daß diese Verwaltungen wirklich Ansprüche machen (im Gegensatz von: zu machen haben), darum nicht angeht, weil es sich hier nicht von einer bloßen contumacia im Prozeß, sondern von der Geltendmachung eines Anspruchs in Folge einer eigentlichen Provokation handelt, und in dem Falle, wenn die Ansprüche geltend gemacht worden sind, eine Strafandrohung ebenso wenig Anwendung findet, da diese Ansprüche nur so, wie sie bereits geltend gemacht worden, als bekannt im Sinne der Novelle zu betrachten sind. Es können somit Gläubiger zwar im gemeinrechtlichen Sinne, übereinstimmend mit dem Sprachgebrauche, bekannt seyn, wie z. B. wenn sie im Schuldverzeichniß des Gemeinschuldners, in der Vermögensuntersuchung von letzterem angegeben sind; diese sind zwar speziell als bekannte Gläubiger, jedoch unter der Androhung des Ausschlusses zu laden,

wogegen diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen bereits gerichtlich oder außergerichtlich angemeldet haben, also bei dem Oberamtsgerichte oder der Ortsobrigkeit aktenmäßig als solche bekannt sind, die ihre Forderungen (Ansprüche) geltend machen, unter der Drohung zu laden sind, daß im Falle ihres Ausbleibens ihre Ansprüche nur soweit berücksichtigt werden würden, als sie schon aktenmäßig bekannt seyen. — Das zweite der visitirten Bezirksgerichte hatte die gleiche Ansicht, wie das erste, und auch hier machte der Visitator geltend, jene Auslegung des §. 32 der Novelle sey unrichtig, weil dadurch den sich nicht meldenden Gläubigern, welche vielleicht nicht mehr daran gedacht haben, etwas fordern zu wollen, zum Nachtheil anderer Gläubiger oder des Gantmanns die Zahlung aufgedrungen werde. Die Bestimmung der Novelle sey vielmehr nur auf die aus dem Hypothekenbuche und aus gerichtlichen oder außergerichtlichen Klagen bekannten Gläubiger anwendbar, und die übrigen nur aus der Vermögensuntersuchung bekannten seyen zwar ebenfalls speziell, jedoch unter dem Präjudiz des Ausschlusses zur Liquidation vorzuladen. — Da indeß der Gerichtshof diese Ansicht des Visitators nicht für unbedenklich hielt, so hatten diese beiden Visitationen keine Verfügung an die Oberamtsgerichte zur Folge.

Dagegen berichtete der von dem K. Justizministerium zum Gutachten über diese Frage aufgeforderte Civilsenat des K. Obertribunals am 24. Dezember 1833 im Wesentlichen Folgendes: Er sey damit einverstanden, daß als bekannte, speziell vorzuladende Gläubiger die von Scheurlen[7] aufgeführten (vergl. unten §. 7, Ziff. 1) anzusehen seyen. Den Begriff der bekannten Gläubiger im Sinne der Novelle weiter auszudehnen, dazu könne es um so weniger einen Grund geben, als dieselbe einen für die Universalität des Konkursverfahrens und die Sicherheit desselben

---

[7] In Hofacker's Jahrbüchern Bd. 3, S. 232.

gefährlichen Grundsatz aufgestellt habe, und in den Vorverhandlungen der Ausdruck „Gerichtsbücher" gebraucht sey, wonach es scheine, daß man vorzüglich die in den Unterpfandsbüchern eingetragenen Gläubiger im Auge gehabt habe. Die Bedeutung, welche Scheurlen dem Wort „Ansprüche" im Gegensatz zu dem Worte „Forderungen" gebe (vergl. unten §. 7, Ziff. 3), entspreche dem Sinne der Novelle nicht. Auch die Ansicht, als ob die Ansprüche der in die Vermögensuntersuchung aufgenommenen Gläubiger nicht zu berücksichtigen seyen, wenn sie nicht liquidirt haben, sey nicht richtig. Gläubiger, deren Ansprüche nicht aus den Gerichtsakten erhellen, können einzelnen Gerichtsmitgliedern oder andern Gläubigern oder dem Kridar oder dem Güterpfleger bekannt seyn. Alle solche Gläubiger müssen sich gefallen lassen, daß gegen sie die Ediktalcitation mit ihren Folgen angewendet werde. Ebenso lasse sich nach dem Gesetze rechtfertigen, daß die nach den Gerichtsakten bekannten und daher speziell vorzuladenden Gläubiger wegen der unterlassenen Liquidation ausgeschlossen werden, wenn die Akten auch nach etwaiger Vernehmung des Gemeinschuldners und des Contradiktors oder Massekurators über die Ansprüche jener Gläubiger so wenig Aufklärung gewähren, daß solche nicht einmal Gegenstand des nach §. 171 und 179 des Edikts anzuordnenden Beweisverfahrens werden können.

In Folge der Weisung des K. Justizministeriums wurde nun erhoben, wie die Bezirksgerichte des Donaukreises den §. 32 auslegen. Aus den eingekommenen Berichten ergab sich, daß die Mehrzahl der Oberamtsgerichte alle und jede auf irgend eine Weise aus den Akten bekannten Gläubiger unter der Drohung vorladen, daß im Falle ihres Ausbleibens ihre Ansprüche nur insoweit berücksichtigt würden, als solche aus den Gerichtsakten ersichtlich seyen, daß ferner bei einigen Bezirksgerichten dieses Präjudiz gegen die bekannten Gläubiger gleichwohl nicht sofort vollzogen, sondern denselben zur Legitimationsberichtigung

und zum Beweise ihrer Forderungen erforderlichen Falls ein weiterer Termin unter dem Präjudiz des Ausschlusses von der Masse anberaumt werde, was jedenfalls den gesetzlichen Bestimmungen über das Contumacialverfahren im Konkurs nicht angemessen ist, daß sodann andere Oberamtsgerichte nach der Ansicht von Scheurlen nur diejenigen bekannten Gläubiger unter dem im §. 32 angeordneten Präjudiz vorladen, welche ihre Forderungen bereits aktenmäßig geltend gemacht haben, von welchen also das Gericht weiß, daß sie auch wirklich Anspruch auf Befriedigung machen; daß endlich einzelne Gerichte den fehlerhaften Gebrauch haben, diejenigen bekannten Gläubiger, welche nicht erscheinen, deren Forderungen aber schon nach den Akten sich als bevorzugt darstellen, erst noch besonders aufzufordern, daß sie ihre Vorzugsrechte beweisen, während doch eine solche Aufforderung zum Beweis nur dann als motivirt erachtet werden kann, wenn die Vorzugsrechts-Ansprüche jener Gläubiger bestritten werden.

Aber auch im Gerichtshof selbst waren die Ansichten getheilt, indem die Mehrheit annahm, es seyen in Beziehung auf alle Forderungen, welche auf irgend eine Weise in den Gerichtsakten angezeigt seyen, also in Beziehung auf die blos vom Gemeinschuldner in der Vermögensuntersuchung angegebenen, die Gläubiger nur unter dem im §. 32 bestimmten besonderen Präjudiz vorzuladen, während die Minderheit sich mit der Scheuerlen'schen Interpretation einverstanden erklärte. Hierauf sprach sich das K. Justizministerium in einem Erlasse an den Civilsenat des K. Obertribunals vom 6. März 1834 dahin aus, daß es die von diesem aufgestellten Ansichten ganz dem Inhalt und Geiste der neuen Prozeßgesetzgebung gemäß gefunden habe, und forderte im Hinblick auf die bei den Gerichten herrschende Verschiedenheit der Ansichten den Senat auf, die in seinem Berichte ausgeführte Ansicht in einem Gemeinbescheide zu veröffent-

lichen. Allein das Obertribunal lehnte dieses Ansinnen mittelst Berichts vom 15. März 1834 ab, weil dasselbe eine im Voraus für alle Fälle zu gebende doktrinelle Interpretation des Gesetzes für mißlich erachte, auch für das Obertribunal kein Anlaß hiezu vorliege, indem bis dahin kein durch den §. 32 veranlaßter Rechtsstreit an dasselbe gelangt seye.

Auch der Gerichtshof zu Ulm, welchem das K. Justizministerium sofort anheim gab, seine Ansicht, etwa nach vorgängiger Kommunikation mit den übrigen Gerichtshöfen, bekannt zu machen, fand sich nicht in der Lage hierauf einzugehen, bemerkte aber in seinem Berichte vom 5. April 1834, daß er es für wünschenswerth hielte, wenn die Einleitung zu einer authentischen Interpretation und genaueren Fassung des §. 32 in Beziehung auf das bei Vorladung unbekannter Gläubiger anzudrohende Präjudiz, insbesondere rücksichtlich des Begriffs der bekannten Gläubiger getroffen würde.

Hierauf erfolgte jedoch nichts weiter, und die Sache blieb liegen, bis sie im Jahre 1855 abermals aus Veranlassung der Visitation eines Oberamtsgerichts im Donau-Kreise wieder zur Sprache kam. Dieses Bezirksgericht ladet nämlich zwar alle ihm auf irgend eine Weise bekannt gewordenen Gläubiger zur Schuldenliquidation vor, schließt aber mit Ausnahme der Pfandgläubiger diejenigen aus, welche ihre Forderungen bei der Liquidationsverhandlung nicht mündlich oder schriftlich angemeldet haben, also auch alle diejenigen, welche in die Vermögensuntersuchung aufgenommen worden und die in dem Schuldklageprotokoll eingetragen sind. Zur Rechtfertigung dieses Verfahrens wurde von dem betreffenden Oberamtsgericht, unter Berufung auf die bei einem Oberamtsgericht des Schwarzwaldkreises herrschende gleiche Praxis, geltend gemacht: der §. 32 der Novelle sey so auszulegen, daß zwischen Forderung und Anspruch unterschieden werden müsse, und daß jene Bestimmung für den Fall gegeben sey, wenn

nicht aus den Akten ersehen werden könne, daß der Gläubiger überhaupt einen Anspruch an die Gantmasse erhebe, indem sich sonst nicht erklären ließe, welche Forderungen bekannter Gläubiger unbeachtet bleiben sollen. Wenn daher ein, meistens bloß auf die Angaben des Kridars hin in die Vermögensuntersuchung gekommener Gläubiger trotz der speziellen Vorladung kein Lebenszeichen von sich gebe, so müsse angenommen werden, daß er keinen Anspruch an die Gantmasse erheben wolle, wie es denn auch schon vorgekommen sey, daß solche Gläubiger nicht einmal den Verweisungsauszug angenommen und sich geweigert haben, die Insinuationsgebühr zu bezahlen. Aber auch auf das Schuldklageprotokoll könne kein Gewicht gelegt werden, weil zweifelhaft erscheine, ob dasselbe unter den Gerichtsakten im Sinne des §. 32 der Justiz-Novelle begriffen sey, auch sich keine Grenze finden ließe, bis zu welcher in dem Schuldklageprotokoll zurückgegangen werden müßte. Die eigenen Angaben des Gemeinschuldners bei der Vermögensuntersuchung können aber offenbar nur zur Vorladung der Gläubiger benützt, ein weiterer Werth aber könne denselben, wenn der Gläubiger schweige, nicht beigelegt werden. Der Visitator war jedoch nicht dieser Ansicht, sondern ging davon aus, daß das Schuldklageprotokoll als eine öffentliche, für gerichtliche Angelegenheiten bestimmte Urkunde und ebenso die Vermögensuntersuchung als ein wesentlicher Theil der Gantakten zu den Gerichtsakten im Sinne der Justiznovelle gehöre. Erhebe sich das Bedenken, daß eine oder die andere der in jene Urkunden aufgenommenen Forderungen entweder gar nie bestanden habe oder seither getilgt worden seyn möchte, so sey es Sache der Kreditorschaft, dieß geltend zu machen; aber ausgeschlossen können solche Gläubiger nicht mehr werden, die einmal aus der Vermögensuntersuchung oder aus dem Schuldklageprotokoll dem Gerichte bekannt und von letzterem zur Liquidation speziell vorgeladen worden seyen. Nun setzte sich der Gerichtshof in

Ulm, um wo möglich in Uebereinstimmung mit andern coordinirten Gerichtsbehörden bei einer allenfallsigen Bekanntmachung an die Bezirksgerichte zu bleiben, auch mit den andern Gerichtshöfen in's Benehmen.

Die Gerichtshöfe in Eßlingen und Tübingen erklärten aber, es seyen dort noch nie Fälle vorgekommen, in welchen die Frage praktisch geworden wäre, und es erscheine daher bei der Verschiedenheit der Ansichten und den vielen Bedenken, die sich in Betreff der Auslegung des §. 32 erhoben haben, nicht angemessen, sich im Voraus für eine bestimmte Auslegung des §. 32 auszusprechen, zumal auch die Nichtübereinstimmung des verkündeten Gesetzes mit dem Landtagsabschied hinsichtlich des Ausdrucks „Gerichtsakten" mehrfachen Zweifeln Raum gebe.

Dagegen bemerkte der Gerichtshof in Ellwangen in seiner Note vom 1. April 1856, daß in den früher dort anhängig gewesenen Debitsachen diejenigen Forderungen, welche einzig und allein auf den Grund der keineswegs vollen Glauben verdienenden Angaben des Gemeinschuldners in die Vermögensuntersuchung aufgenommen worden, nur als bekannte, und nicht als aus den Gerichtsakten bekannte Gläubiger behandelt worden seyen, eine Praxis, die auch bei den Bezirksgerichten des Jaxtkreises bestehe. Diese Ansicht rechtfertige sich, abgesehen von andern Gründen, schon dadurch, daß, wenn man jene Forderungen zu den aus den Gerichtsakten bekannten rechnen würde, der im Gesetz gemachte Unterschied zwischen bekannten und aus den Gerichtsakten bekannten Gläubigern kaum mehr eine praktische Bedeutung hätte. Solche Forderungen, welche in einem frühern Gante durchgefallen, seyen bei einem neuen Gante von den Gerichten des Landes stets von Amtswegen berücksichtigt und zu den aus den Gerichtsakten bekannten Forderungen gerechnet worden.

Gegen eine für die Bezirksgerichte bestimmte doktrinelle Auslegung des in Frage stehenden Gesetzes erklär-

ten sich aber sämmtliche Gerichtshöfe unter Bezugnahme auf die von dem K. Obertribunal in seinem Berichte vom 15. März 1834 angeführten Gründe, und so geschah denn auch im Donaukreis nichts weiter.[8]

§. 2.

Bei der Auslegung des §. 32 der Novelle muß man sich die Frage stellen: welche Gläubiger, die nicht liquidirt haben, aber aus den Gerichtsakten bekannt sind, werden von dem

---

[8] Durch den Umstand, daß kein praktisches Bedürfniß vorliege, d. h. daß selten Fälle vorkommen, in welchen es sich um die Auslegung des §. 32 cit. handelt, scheint denn doch das Ruhenlassen der Sache nicht genügend gerechtfertigt zu seyn. Soviel ist gewiß und geht aus der obigen Darstellung zur Genüge hervor, daß bei den Gerichten, insbesondere den Bezirksgerichten, die größte Verschiedenheit in der Auffassung und Anwendung jener Gesetzesstelle besteht; schon hiedurch ist das Bedürfniß begründet, allgemeine leitende Grundsätze zu erhalten, und es kann nicht darauf ankommen, ob die höheren Gerichtsbehörden viel oder wenig in die Lage gerathen, sich hierüber aussprechen zu müssen. Weiß man doch, wie schwer die Gläubiger sich entschließen, in Gantsachen sich an den Gerichtshof und gar vollends an das Obertribunal im Beschwerdeweg zu wenden. Daraus also, daß dieß selten geschieht, folgt nicht, daß den betreffenden Gläubigern nicht schon häufig Unrecht geschehen sey oder noch geschehe. Und abgesehen von allem Andern läge es schon im Interesse des Ansehens der Gerichte und der Rechtsverwaltung, daß nicht die eine Stelle von diesen, die andere von andern Grundsätzen ausgehe, daß man nicht wegen der gleichen Forderung bei dem Oberamtsgericht N. von Amtswegen berücksichtigt, bei dem Oberamtsgerichte Z. ausgeschlossen werde. Gleichwohl aber dürfte eine doktrinelle Interpretation des §. 32 von Seite eines höhern Gerichts bedenklich erscheinen, weil es sehr mißlich für ein solches Gericht ist, sich auf eine allgemeine Auslegung eines Gesetzes einzulassen, das in der Anwendung auf den konkreten Fall so ungemein vielen Zweifeln Raum gibt, und eine Belehrung zu ertheilen, die sicherlich ihren Zweck nicht, wenigstens nicht vollständig erreichen würde. Es gibt nur einen, aber eben darum auch dringend gebotenen Weg, sich von jener fatalen Bestimmung zu befreien, das ist der Weg der Gesetzgebung, und bis dieser betreten wird, ist es Sache der Doktrin, durch überzeugende wissenschaftliche Gründe auf möglichste Gleichförmigkeit in der Auslegung des Gesetzes hinzuwirken.

Präklusiverkenntniß nicht betroffen? Selbstverständlich sind hier solche Gläubiger gemeint, auf welche sich die Präklusion bezöge, wenn sie nicht aus den Gerichtsakten ersichtlich wären; es ist also hier davon, ob Vindikanten ꝛc. ꝛc. unter den Präklusivbescheid fallen, keine Rede. Die Beantwortung jener Frage erfordert aber nicht bloß eine Untersuchung der Entstehungsgeschichte der neuesten Gesetzesbestimmungen und eine Vergleichung mit dem Ediktrechte, sondern auch einen Rückblick auf die Bestimmungen des frühern gemeinen Deutschen und Württembergischen Prozeßrechts.

§. 3.

Nach dem gemeinen deutschen Prozeßrecht waren 1) die Gläubiger ediktaliter auf den Liquidationstermin unter Bedrohung mit der Ausschließung von der Konkursmasse vorzuladen. Ob die bekannten Gläubiger spezialiter zu laden seyen, war bestritten. Gönner[9] nennt die Behauptung sonderbar, daß die zu den Akten bekannten Gläubiger besonders vorgeladen werden müssen, indem er die Frage aufwirft: wer denn ein bekannter Gläubiger sey? ob der Richter alle seine Gerichtsakten durchgehen solle, um zu sehen, ob nicht etwa vor 10 oder 20 Jahren irgend Jemand eine Forderung an den Schuldner gemacht habe. Das gemeine Recht unterstütze diese Behauptung nicht. Allein die bei Weitem größte Zahl der Schriftsteller hält eine Spezialladung der bekannten Gläubiger für erforderlich,[10] indem sie ihre Ansicht mei-

---

[9] Handbuch Bd. 4, S. 582.

[10] So Trütschler, Lehre von der Präklusion (2. Aufl.) S. 21 ff. Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 257. Danz, summar. Prozeß (9. Ausg.) §. 328. Schweppe, System des Konkurs-Proz. S. 218, §. 113. Martin, Lehrbuch d. bürgerl. Prozesses (9. Ausg.) §. 328. Schmid, Handbuch des Civilprozesses Thl. 3, S. 291. Scheurlen, in Hofacker's Jahrb. Bd. 3, S. 232. Bayer, Theorie des Konk.-Prozesses §. 49, S. 162, 163. Seuffert, Archiv Bd. 13, Nro. 302, S. 434.

stens neben der Zweckmäßigkeit auf das kanonische Recht stützen, worin ausdrücklich verordnet ist, daß nur in dem Falle Ediktalladungen Platz greifen sollen, wenn der, an welchen die Citation gerichtet ist, die Insinuation derselben verweigert oder solche nicht wohl und sicher behändigt werden kann;[11] und indem sie, soweit sie sich überhaupt darüber aussprechen,[12] bemerken, daß die nicht oder nicht gehörig Geladenen, somit die bekannten, aber nicht speziell geladenen Gläubiger nicht präkludirt werden können.

Betreffend die Frage, welche Gläubiger als bekannte, demnach speziell vorzuladende anzusehen seyen, so ist bereits erwähnt, daß Gönner[13] auf die Unbestimmtheit des Begriffs der „bekannten" Gläubiger hingewiesen hat. Auch Bayer[14] sagt, daß das fragliche, von der Praxis angenommene Erforderniß wegen der Unbestimmtheit jenes Begriffs von Seite der Zweckmäßigkeit sich nicht sonderlich empfehle. Trütschler[15] spricht sich darüber gar nicht aus, sondern führt nur die Bestimmung der „neuen Prozeß-Ordnung" des Herzogthums Gotha Thl. I. Kap. 37, Art. II, §. 1 an, wo bekannte Gläubiger diejenigen genannt werden, „welche sich bei dem „Richter bereits gemeldet, oder auf Grundstücke, so unter „dessen Jurisdiktion gelegen, ausdrückliche oder mit seinem Vorbewußt stillschweigende Hypotheken erlangt „haben." Lauk[16] sagt: „ein bekannter Gläubiger ist dem Sprachgebrauche zu Folge Jeder, der in den Akten des Gerichts (gleichviel welchen) vorkommt. Doch bemerkt derselbe, daß die Stelle der Bayerischen G. O.

---

[11] Clem. 1, de judiciis (2, 1.)

[12] Trütschler, a. a. O. S. 57, §. 11. Schweppe, a. a. O. S. 219, §. 113 a. E.

[13] A. a. O. S. 582.

[14] A. a. O. S. 163.

[15] A. a. O. S. 24. Note c.

[16] Bl. f. Rechtsanw. Bd. 5, S. 317.

Kap. XIX, §. 4, Nro. 1, wonach bei Eröffnung eines Konkurses jene Gläubiger „deren Forderungen vorhin schon bei Gericht bekannt sind" durch ein Cirkularpatent vorgerufen werden sollen, von der Praxis meistentheils auf jene Gläubiger beschränkt werde, welche aus den die Verhandlung des Konkurses betreffenden Akten ersichtlich seyen.[17]

Grolmann[18] bezeichnet diejenigen als die bekannten Gläubiger, welche der Schuldner selbst schon angegeben habe oder welche schon als Kläger gegen denselben aufgetreten seyen. Dieses ist auch die Meinung von Danz[19], die er in dem Satze ausgesprochen hat: „die Ediktalladung als eine subsidiarische bindet diejenigen Gläubiger, die ihrer Forderungen wegen sich schon gemeldet oder die der Schuldner angegeben hat, — die bekannten Gläubiger nicht, an diese muß eine Privatladung ergehen." Schweppe[20] rechnet zu den bekannten Berechtigten, diejenigen, welche früher Anträge bei dem Konkursgerichte machten, oder vom Schuldner angegeben sind, oder vom Konkursgericht bestätigte oder ingrossirte Hypotheken haben. Martin[21] führt nur diejenigen Gläubiger an, welche schon vor Ausbruch des Konkursprozesses bei diesem Gerichte geklagt haben. Schmid[22] sagt: als bekannt können nur diejenigen Kreditoren angesehen werden, welche das Gericht offiziell als solche, welche Ansprüche gegen den Kridar zu realisiren suchen, kennt, also nur diejenigen, welche ihre Klagen gegen denselben bereits anhängig gemacht haben. Scheurlen[23] sieht als bekannte, speziell vorzuladende Gläu-

---

[17] Vergl. Stürzer, Civilgerichtsverfahren S. 893.
[18] A. a. O. §. 257, Note 2.
[19] A. a. O. §. 178.
[20] A. a. O. S. 218, §. 113.
[21] A. a. O. §. 328, Note 6.
[22] A. a. O. S. 291, Note 15.
[23] A. a. O. S. 282, Note *).

biger an: 1) die in das Unterpfandsbuch eingetragenen, 2) die von dem Gemeinschuldner selbst angegebenen, 3) diejenigen, deren Ansprüche an den Gemeinschuldner in der Instruktion oder Exekution begriffen sind, und 4) diejenigen, welche sich während der Konkurs-Vorbereitungshandlungen als Gläubiger gemeldet haben. [24]

Noch dürfte vielleicht zu erwähnen nicht ohne Interesse seyn, daß nach den Bestimmungen in Tit. 50, §. 101 und 106 der allgemeinen preußischen Gerichtsordnung von 1793 beziehungsweise 1815, welche dem IV. Edikte in so manchen Beziehungen zum Vorbilde gedient hat, durch spezielle Verordnungen vorgeladen werden sollen: §. 101. a) Diejenigen Kreditoren, deren Forderungen auf die Grundstücke des Gemeinschuldners eingetragen sind, b) Diejenigen, welche nach der Angabe des Gemeinschuldners, dem von ihm eingereichten Statu bonorum oder dem aufgenommenen Inventario bewegliche Unterpfänder von ihm in Händen und darauf Darlehen gemacht haben; c) Diejenigen, welche sich schon bei den Akten gemeldet haben und etwa persönlich zugegen sind, oder Bevollmächtigte bestellt und dem Richter angezeigt haben, es mögen die Forderungen derselben noch rechtshängig seyn oder bereits unter der Exekution stehen §. 106. Die im §. 101 nicht benannten Gläubiger, deren Namen und Aufenthalt aus dem Inventario, oder einem von dem Schuldner eingereichten Verzeichnisse bei den Akten bekannt sind.

2) Sodann ist Streit unter den Rechtsgelehrten darüber: mit welchem Zeitpunkt die Präklusion der gehörig vorgeladenen, aber ausgebliebenen Gläubiger eintrete. Die Einen behaupten, mit dem Ablauf des Liqui-

---

[24] Scheurlen beruft sich hiefür auf Puchta, Beitr. zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerl. Rechts S. 405.

dationstermins;[25] Andere lassen sie erst mit der Ungehorsamsbeschuldigung eintreten,[26] wogegen Schweppe[27] mit einigen Aeltern den Eintritt der Präklusion an die Erlassung und Publikation des Präklusivbescheids knüpft, welcher Ansicht auch Sarwey[28] zu seyn scheint, indem er ganz allgemein, ohne Berufung auf speziell Württembergische Prozeßgrundsätze sagt: „Nur wo der Präklusivbescheid „erst in der auf die Liquidationstagfahrt folgenden Ge„richtssitzung ausgesprochen wird, wird diese Zwischenzeit „noch als zur Nachholung der Liquidation offen stehend „angenommen werden müssen." Außerdem sagt Trütschler,[29] daß man in der Praxis annehme, die Präklusion sey erst eine Folge des Lokationserkenntnisses. Auch Danz[30] versichert, daß der Gerichtsgebrauch den gelindern Weg gehe und die Kreditoren auch noch nach Umlauf des Liquidationstermins noch so lange höre, bis entweder ein besonderes Präklusivdekret ergangen oder das Lokationsurtheil erfolgt sey, welch' letzterem gewöhnlich die Präklusionsklausel angehängt werde, wie auch Bayer[31] bemerkt, daß allerdings der Gerichtsgebrauch sich ziemlich allgemein dafür entschieden habe, daß bis zur Eröffnung des Präklusivbescheids immer noch neuerdings sich meldende Gläubiger zuzulassen seyen.

3) Daß die dem Konkursgerichte bekannten Gläubiger auf die Spezialladung hin verbunden seyen, bei Vermeidung der Präklusion am Liquidationstermin zu er-

---

[25] Dabelow, Konkurs S. 543, 544. Gönner, a. a. O. S. 584. Trütschler, a. a. O. S. 52, §. 4, Note a. Danz, a. a. O S. 304.

[26] Bayer, a. a. O. S. 177, §. 58. Günther, in Weiske's Rechtslexikon Bd. 2, S. 854.

[27] A. a. O. S. 225, §. 108.

[28] Monatschr. Bd. 1, S. 226, Note *).

[29] A. a. O. S. 52, §. 4, Note a.

[30] A. a. O. S. 304, §. 188 u. Note b, S. 310.

[31] A. a. O. S. 178, Note 5 a. E.

scheinen, darüber sind fast alle Rechtslehrer einig.[32] Nur Schweppe[33] sagt: frei von der Präklusion, den Fall einer ausdrücklichen Aufforderung zur Angabe abgerechnet, (worunter er nach dem Zusammenhang nicht die Spezialladung zu verstehen scheint) seyen die dem Gerichte bekannten Gläubiger, weil keine Verbindlichkeit zur doppelten Anzeige gelte, nur müsse neben der Forderung auch die Absicht der Theilnahme am Konkurs gewiß seyn, z. B. durch den gemachten Antrag auf Eröffnung des Konkurses; daß die Hypothekenbuchsgläubiger sich nicht zu melden brauchen, sey den mehrsten Landesgesetzen angemessen, doch bleiben hier die rückständigen Zinse Gegenstand der Präklusion, und Trütschler[34] erwähnt unter Berufung auf ältere Schriftsteller (Rivinus und J. B. Wernher), daß in der Praxis oft auch solche Gläubiger, welche beim Konkursgericht als Realgläubiger bekannt seyen, z. B. Konsensgläubiger oder welche unbezahlte Kaufgelder zu fordern haben, oder welche sonst nur klagend bekannt seyen, nicht präkludirt zu werden pflegen, soweit diese Forderungen ex actis bekannt seyen, obgleich den theoretischen Grundsätzen nach dieselben zu liquidiren verbunden seyen, und sie allerdings das Präjudiz treffen sollte. Auch Hufnagel[35] nimmt an, daß jeder Gläubiger, der als solcher irgend einmal in den Akten des Gerichts vorkomme, nicht zu liquidiren brauche, weil ihm als aus den Gerichtsakten bekannten Gläubiger die Präklusion nicht schade. Dazu bemerkt der Verfasser des

---

[32] Z. B. Trütschler, a. a. O. S. 35, Note a. Dabelow, a. a. O. S. 530, 531.

[33] A. a. O. S. 222, 223, Z. 4.

[34] A. a. O. S. 55, §. 9, S. 56.

[35] In dessen Rezension von Puchta's Beiträgen zur Gesetzgebung und Praxis, in der Tübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft Bd. 3, S. 133. Vergl. Literatur des württemberg. Rechts von Mohl S. 327, 328.

„gerichtlichen Verfahrens in Civilsachen":[36] es lasse sich bei dieser Erklärung nicht mißkennen, daß, da der Richter auch ohne grobe Nachläßigkeit die ihm zur Pflicht gemachte Berücksichtigung der bekannten Gläubiger in Ansehung vieler derselben unterlassen könne, es wohl geschehen möge, daß die schon vertheilte Masse ebensovielmal von Neuem vertheilt werden müsse. Bei dieser Erklärung würde allerdings das Prinzip der Universalität des Konkurses durch die Bestimmung der Novelle bedeutend verletzt seyn.

Nach dem bisher Angeführten dürfte anzunehmen seyn, daß nach gemeinem deutschem Prozeßrechte

1) die dem Konkursgerichte bekannten Gläubiger speziell vorgeladen werden müssen, widrigenfalls sie von der Präklusion nicht getroffen werden können, wobei übrigens der Begriff der „bekannten Gläubiger", weder durch das Gesetz, noch durch Gerichtsgebrauch, noch durch die Doktrin eine scharfe Abgrenzung erhielt, sowie

2) daß der Eintritt der Präklusion in der Praxis, wo nicht an die Publikation, doch jedenfalls an die Aussprechung des Präklusiverkenntnisses geknüpft ist und daher die Gläubiger bis dahin auch nach Ablauf des Termins zugelassen werden. Auch ist

3) eine Praxis bezeugt, wonach die dem Konkursgerichte bekannten Gläubiger, obwohl sie an dem Liquidationstermin nicht erscheinen, alsdann von der Präklusion frei bleiben, wenn neben der Forderung auch die Absicht der Theilnahme an dem Konkurs aus den Akten zu ersehen ist, welche Praxis jedoch wohl nicht als eine gemeine bezeichnet werden kann.

§. 4.

Was sodann speziell das frühere württembergische Prozeßrecht betrifft, welches vor dem IV. Edikt

[36] In dem Note 35 angeführten Werke S. 328.

vom 31. Dezember 1818 in Giltigkeit gewesen, so sind hierüber folgende Schriften anzuführen: Schoepf, Dissert. de jure praecl. a jud. conc. Idem, Dissert. de processu in contumaciam in concursu creditorum eorumque praeclusione. Reinhardt, Lehre vom Gant, und insbesondere Gmelin, Ordnung der Gläubiger.

Nach des Letzteren Zeugniß waren auch in Württemberg 1) die dem Gerichte bekannten Gläubiger besonders vorzuladen,[37] ohne daß er bemerkt, welche Gläubiger als dem Gerichte bekannt zu betrachten seyen. Sodann führt er 2) an, daß der Präklusivbescheid am Schlusse des Lokationserkenntnisses erlassen werde,[38] woraus in Verbindung mit dem oben §. 3 unter Ziff. 2 angeführten, auf Gerichtsgebrauch beruhenden Grundsatze des gemeinen deutschen Rechts folgt, daß die vorgeladenen Gläubiger mit der Liquidation ihrer Forderungen bis, aber auch nur bis zum Lokationsurtheil zugelassen werden müßten.

Dagegen wurde durch Reskript des Oberjustizkollegiums vom 28. Mai 1813 das K. Provinzialjustizkollegium auf seine Anfrage: ob nicht künftig in Gantsachen der Präklusivbescheid in einem, nach der Liquidationstagfahrt zu bestimmenden Termin von den Oberamtsgerichten ausgesprochen werden dürfe, dahin beschieden, daß in Gemäßheit des bei beiden höhern Gerichtskollegien eingeführten Gerichtsgebrauchs und zur Erhaltung einer besseren Gantordnung die Oberamts- und Gantgerichte anzuweisen seyen, nach vollbrachter Liquidation noch vor Aussprechung der Ganturtel ... an einem besonderen Termin, dessen Weite sich nach der Bedeutendheit der Masse und der Menge und Entfernung der Gläubiger richten müsse, den Präklusivbescheid gegen die nicht

---

[37] S. 9, §. 6.

[38] S. 49, §. 23 a. E.

erschienenen Gläubiger auszusprechen,[39] wonach also die Gläubiger wenigstens bis dahin noch angenommen würden. Reinhardt[40] sagt: an die bekannten Gläubiger, d. h. solche, die ihre Forderung bereits eingeklagt haben oder die aus öffentlichen Urkunden z. B. Unterpfandsbüchern dem Gerichte bekannt seyn können, wird eine besondere Vorladung erlassen. Ferner: die Wirkungen des Ausschlußbescheids treffen überall diejenigen, die vorgefordert wurden und nicht erschienen sind, selbst die dem Gerichte bekannten.[41]

§. 5.

Auch das IV. Edikt vom 31. Dezember 1818 verordnet, wie schon oben bemerkt, daß die „bekannten Gläubiger" speziell vorzuladen seyen (§. 166, Abs. 1, §. 179, I.) Wer diese „bekannten Gläubiger" seyen, bestimmt das IV. Edikt nicht. Ebensowenig sagen die Bemerkungen des Referenten hierüber. Dagegen ward der bisherige Gerichtsgebrauch durch die Vorschrift des Edikts abgeändert, daß das Präklusiverkenntniß in denjenigen Gantsachen, in welchen bei der Liquidationsverhandlung weder der Oberamtsrichter, noch sein Stellvertreter anwesend gewesen, in der nächsten Sitzung des Oberamtsgerichts, in allen andern Fällen aber sogleich am Schlusse der Liquidationsverhandlung ausgesprochen werde. Diejenigen Gläubiger also, welche den Termin versäumten, konnten das Versäumte in den letzten Fällen gar nicht mehr, in den ersten dagegen nur bis zur nächsten Sitzung des Oberamtsgerichts nachholen.

---

[39] Reyscher, Sammlung der württ. Ges. Bd. 7, S. 395, 396, vergl. S. 372.

[40] A. a. O. §. 59. 76.

[41] Vergl. Dabelow, Konk. S. 501. A. M. ist Trütschler, a. a. O. 3. Abth.

§. 6.

Diese Vorschrift des Edikts wurde aber in der Kammer der Abgeordneten bald angefochten.[42] In dem ersten, den 13. Juni 1820 dieser Kammer vorgetragenen Kommissionsberichte in Betreff der Rechtspflege ist unter Anderem hervorgehoben: „Die Bestimmung des §. 179, nach welcher jedesmal sogleich am Schlusse der Liquidationsverhandlung das Präklusiverkenntniß ausgesprochen werden soll, dürfte wieder aufzuheben seyn, indem sie geeignet ist, entweder zu viele Restitutionsgesuche, oder eine zu große Strenge herbeizuführen."[43] In einem am 19. Dez. 1820 erstatteten zweiten Bericht wurde weiter bemerkt: „Es haben die Kommissarien erklärt: die Aussprechung des Präklusiverkenntnisses sogleich am Schlusse der Liquidationsverhandlung erscheine nothwendig, wenn die Anberaumung einer Tagfahrt zur Liquidation von Wirkung seyn solle. Uebrigens sey es nicht die Meinung gewesen, als wäre die in §. 166 des Edikts gestattete Einreichung eines schriftlichen Rezesses nur am Liquidationstage zulässig. Um jeder Mißdeutung zu begegnen, könne jedoch hierüber eine neue Bestimmung aufgenommen und zugleich verordnet werden, daß überhaupt Forderungen der Gläubiger, welche aus den Gerichtsbüchern bekannt sind, zu beachten, und dann auch wegen dieser Forderungen, in Hinsicht auf das Beweisverfahren, die Vorschriften des §. 171 und 179 anzuwenden seyen, jedoch mit der Beschränkung, daß der saumselige Gläubiger

---

[42] Die Geschichte der fraglichen Gesetzesbestimmung wurde zwar schon von Sarwey Monatschrift Bd. 1, S. 204 ff. und nach ihm von Fecht, das Konkursverfahren S. 130 ff. gegeben; um der Vollständigkeit der Darstellung willen muß aber hier wenigstens das Wesentliche von dem historischen Gange der hieher bezüglichen Gesetzgebung angeführt werden.

[43] Steinkopf'sche Ausgabe des **IV.** Edikts 2c. Auszüge aus den Kommissionsberichten 2c. S. 58. Verhandl. der Kammer der Abgeordneten v. 1820, **II.** außerordentl. Beilagenheft S. 54.

die der Gantmasse durch seine Saumseligkeit zugehenden Kosten und Schäden vergüte, und daß er bei Borg- oder Nachlaßvergleichen als der Mehrheit der Gläubiger seiner Kategorie beitretend angesehen werde. Bei diesen Erklärungen glaubten wir uns beruhigen zu können." [44] In der Sitzung der Kammer der Abgeordneten vom 6. März 1821 wurde dieser Bericht verlesen und von keiner Seite etwas dagegen eingewendet. [45] Der Antrag wurde mit den so eben angeführten Worten des zweiten Kommissionsberichts in die Adresse vom 11. April 1821 aufgenommen. [46] Nach den Worten des Königl. Reskripts vom 16. Juni 1821 wurde diesem Antrage „rücksichtlich der Liquidationshandlung ... die unbeschränkte Beistimmung" ertheilt, [47] womit auch der Wortlaut des Landtagsabschieds vom 30. Juni 1821 mit der — wohl ganz unerheblichen Ausnahme übereinstimmt, daß hier nach den Worten „zu beachten und" das Wörtchen „dann" weggelassen worden ist.

Im §. 32 der Justiznovelle vom 15. Sept. 1822 findet sich diese Bestimmung wieder. Allein die Redaktion hat hier zwei Aenderungen vorgenommen. Während in dem Kammerantrage und noch in dem Landtagsabschied nur von „Forderungen" der bekannten Gläubiger die Rede ist, ist in dem Gesetz der Ausdruck „ihre Ansprüche" gebraucht. Und das Wort „Gerichtsbüchern" hat die Redaktion des Gesetzes mit Gerichtsakten vertauscht.

---

[44] A. a. O. S. 68, 69. Verhandl. der Kammer der Abgeordneten von 1820, III. außerordentl. Beilagenheft S. 128.

[45] Ebendaselbst S. 102. Autenrieth verlangte eine besondere gesetzliche Bestimmung in Ansehung der Vorladung der bekannten Gläubiger, beruhigte sich aber bei der Erklärung, daß diese Vorschrift schon im Gesetz enthalten sey. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten, a. a. O. Prot. CX., S. 259.

[46] Ebendas. S. 105 unten u. S. 106.

[47] Ebendas. S. 110.

In dem Rechenschaftsberichte des ständischen Ausschusses an die am 1. Dezember 1823 eröffnete Ständeversammlung wurden diese Aenderungen nicht erwähnt; im Gegentheile hat der damalige Referent, Präsident v. Weishaar, in dem bei den Akten des ständischen Ausschusses befindlichen Vortrage bemerkt: „die §§. 31—35 der Novelle sind ganz den ständischen Anträgen und dem Regierungsreskript §. 40 gemäß. Ohnehin erstreckt sich das Recht der Revision nicht auf diese Paragraphen.“ [48]

§. 7.

Wie schon im Eingang angeführt worden, haben sich von württembergischen Schriftstellern insbesondere Scheurlen [49] und Sarwey [50] mit unserer Frage eingehend beschäftigt, und es dürfte des Ueberblicks halber angemessen seyn, den Inhalt ihrer Ausführungen hier in thunlicher Kürze anzuführen:

I. Der Aufsatz von Scheurlen enthält im Wesentlichen nachstehende Sätze:

1) der §. 32 der Novelle spreche blos von solchen Gläubigern, welche geladen worden seyen, aber nicht liquidirt haben. Dieß ergebe sich aus den Worten des Paragraphen selbst. Nur müssen die bekannten Gläubiger speziell vorgeladen werden; nicht speziell vorgeladene bekannte Gläubiger haben schon nach dem mit dem gemeinen Rechte harmonirenden früheren württembergischen Rechte, d. h. nach dem vor der Novelle bestandenen Rechte von der Präklusion nicht getroffen werden können. (S. 234.) Da sich aus den ständischen Verhandlungen klar ergebe, daß die Novelle etwas Neues in Beziehung auf die Präklusion der bekannten Gläubiger zu deren Vortheil habe bestimmen wollen, so könne der Sinn des §. 32 nicht der seyn, daß den bekannten nicht speziell vor-

[48] Eine Begründung der letztern Ansicht ist aus den Akten und Verhandlungen nicht zu entnehmen.

[49] Vergl. Note 4.

[50] Vergl. Note 5.

geladenen Gläubigern das Präjudiz der Präklusion nicht schaden solle. Ihr Sinn sey wohl kein anderer, als der: die gehörig, d. h. speziell vorgeladenen bekannten Gläubiger treffe die Präklusion nur dann, wenn ihre Ansprüche nicht schon aus den Gerichtsakten bekannt seyen. (S. 232, Note *). Als bekannte, speziell vorzuladende Gläubiger werden anzusehen seyn

a) die in das Unterpfandsbuch eingetragenen;

b) die von dem Gemeinschuldner selbst angegebenen,

c) diejenigen, deren Ansprüche an den Gemeinschuldner in der Instruktion oder Exekution begriffen seyen, und

d) diejenigen, welche sich während der Konkursvorbereitungshandlungen als Gläubiger gemeldet haben.

2) Da alle Gläubiger, an welche spezielle Ladungen erlassen werden, bereits in den Akten des gegenwärtigen Gantes bemerkt seyen, so könne das Gesetz unter den aus den Gerichtsakten bekannten Gläubigern blos diejenigen verstanden haben, deren Forderungen bereits in den gegenwärtigen Gantakten verzeichnet seyen. (S. 234.)

3) Aber nur solche Forderungen bekannter Gläubiger werden von der Präklusion nicht getroffen, welche bereits Ansprüche erhoben haben, d. h. welche bei Gericht bereits klagbar gemacht worden seyen. Denn das Gesetz sage: „die Forderungen bekannter Gläubiger bleiben unbeachtet, wenn ihre Ansprüche nicht schon aus den Gerichtsakten ersichtlich seyen." Daß das Gesetz die Ausdrücke „Forderungen" und „Ansprüche" nicht gleichbedeutend gebraucht habe, erhelle daraus, daß es sonst wohl gesagt haben würde, die Forderungen bekannter Gläubiger bleiben unbeachtet, wenn solche nicht schon aus den Gerichtsakten ersichtlich seyen. Nach dieser Auslegung würde durch den §. 32 weder das Prinzip der Universalität, noch der Grundsatz der Freiheit der Rechtsverfolgung verletzt. (S. 235, 236.)

4) Der Unterschied zwischen dem durch das IV. Edikt und dem durch die Novelle begründeten Rechte bestehe also blos darin, daß nach dem IV. Edikt alle bekannten speziell geladenen Gläubiger, wenn sie im Termin nicht liquidirt hatten, von der Masse ausgeschlossen worden seyen, nach der Novelle aber die Präklusion diejenigen von diesen Gläubigern nicht treffe, welche ihre Ansprüche bereits vor dem Termin klagbar gemacht haben. (S. 238)

II. In der Abhandlung von Sarwey werden

1) einige allgemeine Bemerkungen über die Auffassung des Gesetzes vorausgeschickt; insbesondere wird gesagt, daß beim Anblick der Geschichte des §. 32 sogleich in die Augen falle, wie die Tendenz hiebei durchaus nicht gewesen sey, die Wirksamkeit des Präjudizes der Präklusion zu beschränken und zu schwächen, vielmehr nur die über die dießfallsige Strenge geäußerten Bedenken haben beseitigt werden sollen. (S. 207.) Sodann wird

2) auf die praktischen Grundlagen des Stoffs zurückgegangen, womit der §. 32 es zu thun hat. Hier werden

a) zuvörderst die Arten, wie die zu liquidirenden Forderungen ꝛc. dem Gerichte bekannt werden, dahin aufgeführt, daß dieses geschehe

aa) durch Einsicht der Güter- und Unterpfandsbücher;

bb) durch Einsicht der geführten Schuldklagprotokolle;

cc) durch Einsicht der Akten über Rechtsstreitigkeiten, welche mit dem Schuldner geführt werden;

dd) durch Angabe des Schuldners selbst;

ee) durch Einsicht der Haus- und Geschäftsbücher, auch sonstigen Papiere des Schuldners;

ff) durch Nachforschung bei öffentlichen Kassenämtern, beziehungsweise in deren Büchern und Rechnungen;

gg) durch Nachforschungen in sonstigen öffentlichen Akten, wo muthmaßlich Forderungen an den Schuldner

zu finden seyen, so namentlich in Rechnungen über die von ihm geführten Verwaltungen;

hh) durch vorläufige Anmeldung der Gläubiger selbst.

Die so erhobenen Forderungen sollen — wird fortgefahren — auch nach der jetzt bestehenden Gesetzgebung bis zum Termintage liquidirt werden. (S. 208, 209.)

Wenn nun aber der Gläubiger für die Geltendmachung seiner Forderung gar nichts thue, so sey im Allgemeinen unzweifelhafter Sinn des §. 32, daß in einem solchen Falle *gewisse* Arten von Forderungen wenigstens zunächst nicht durch den Ausschlußbescheid getroffen werden sollen. (S. 210.)

b) Da es Erfahrungssache sey, daß die unbevorzugten und zum Theil auch die minder bevorzugten Gläubiger, zumal wenn ihre Forderungen minder bedeutend seyen, in der Regel blos deßhalb nicht liquidiren, weil sie aus verschiedenen Gründen nicht liquidiren *wollen*, so wäre es sehr fehlerhaft, davon auszugehen, daß bestehende Forderungen überall *als solche* angesehen werden dürfen, welche geltend gemacht werden wollen; der Grundsatz der Freiheit der Rechtsverfolgung müsse aufrecht erhalten bleiben. (S. 211.)

c) Solange, als ein Gläubiger für die Geltendmachung seiner Forderung im Konkurs nichts gethan habe, sey es der Natur der Sache nach nicht möglich, irgend etwas mit Sicherheit über dieselbe zu bestimmen. Denn einmal könne, so lange der Gläubiger nicht selbst seine Forderung im Konkurse geltend gemacht, solche nie mit Bestimmtheit als noch bestehend angenommen werden; und ebensolange sey nie außer Zweifel, ob dieselbe noch dem ursprünglichen Inhaber zustehe. (S. 212.)

d) Aus all dem werde sich für die Interpretation des §. 32 soviel als unzweifelhaft ableiten lassen, daß es nie in seinem Sinne gelegen haben könne, daß Forderungen irgend einer Art, ohne daß der Gläubiger in irgend einem Zeitpunkt des Verfahrens als *fordernd* aufge-

treten, berücksichtigt, somit gleichsam von Amtswegen liquidirt werden sollen. Alsdann aber müsse man irgend ein Mittel, den Gläubiger zum Handeln in der Sache zu bringen, als nach jenem Gesetze bestehend annehmen. (S. 213.)

3) Wenn nun vor Allem der Sinn und die Bedeutung der in den Verhandlungen gelegenen Grundbestimmung des §. 32 aufgefaßt werden müsse, so falle

a) der Zusammenhang der Vorschrift der Beachtung der Forderungen und der Bestimmung über die Einleitung des Beweisverfahrens in die Augen, und in Anwendung der Parallele der §§. 171 und 179 des Edikts auf den §. 32 der Novelle liege wohl kaum eine Erklärung näher, als die, daß diejenigen Forderungen, welche aus den Gerichtsbüchern bekannt seyen, in derselben Weise, wie diejenigen, welche zwar angebracht, bei welchen aber die faktischen Umstände nicht in's Klare zu bringen gewesen seyen, behandelt werden sollen, und dann auch wegen dieser Forderungen das Beweisverfahren auf die allgemein bestimmte Weise einzuleiten sey, denn nur eine Bestimmung, daß, und nicht eine solche, wie bei solchen Forderungen das Beweisverfahren einzuleiten sey, habe einen denkbaren Grund und Zusammenhang. (S. 214.) Was sodann

b) den Sinn des Ausdrucks betreffe, „Forderungen, welche aus den Gerichtsbüchern bekannt seyen", so bilde der Ausdruck „Gerichtsbücher" keinen festabgeschlossenen Begriff; indeß werde man doch annehmen dürfen, daß die äußere Form hierüber nichts entscheide, daß ferner unter Büchern im Gegensatz gegen laufende Akten gewöhnlich Grundurkunden oder doch stehende Urkunden verstanden werden. Diesem gemäß werden dann unter den aus Gerichtsbüchern bekannten Forderungen zu verstehen seyn: einmal solche, welche in den Unterpfandsbüchern als bestehend laufen, sodann etwa auch die, in den Güterbüchern oder sonstigen besonders geführten oder

betitelten Grundbüchern als bestehend aufgeführten, dinglichen Rechtsansprüche. (S. 215.)

Daß auch hier schon andere aus Schuldklagprotokollen und sonstigen gerichtlichen Verhandlungen bekannte Forderungen gemeint gewesen, sey nicht wahrscheinlich, obwohl sich hierüber nicht gerade absprechen lasse. Die hienach gemachte Konzession lasse sich deßhalb rechtfertigen, weil ein Verzicht eines Gläubigers nicht so leicht zu vermuthen sey, weil ferner solche Forderungen und Rechte, welche einmal in den Gerichtsbüchern als bestehend laufen, im Falle ihres Erlöschens in der Regel auch wieder gelöscht werden. (S. 216.)

4) Lege man sodann den §. 32 nach seinen Worten aus, so setze sich

a) die Ansicht Scheurlen's, daß die fraglichen Forderungen bereits als Ansprüche gerichtlich klagbar gemacht worden seyen, in einige Opposition mit der Geschichte des Gesetzes und erscheine zu eng und zu weit. Werden diese Forderungen auf solche beschränkt, welche gegen diese Gantmasse klagbar gemacht werden, so werden diese Klagen fast immer Liquidationsrezesse seyn und demnach wäre die Bestimmung eine überflüßige. (S. 217.) Oder sey jede gerichtliche Einklage gemeint, und zwar die prozessualisch eingeklagten Forderungen, so seyen diese verhältnißmäßig sehr selten, daher die Bestimmung des §. fast ohne praktischen Werth, oder auch die im Wege der Exekution eingeklagten, so wäre die Bestimmung doch nicht praktischer, denn es werden Forderungen, welche bei früherer Einklage nicht liquid geworden, in der Regel im Konkurs am ehesten aufgegeben, die bei der Einklage liquid gewordenen aber seyen bis zum Konkurs in der Regel zur Zahlung gebracht worden. (S. 218.)

b) Was den Ausdruck „Gerichtsakten" anbelange, so sey nicht gerade mit Bestimmtheit anzunehmen, daß bei den Verhandlungen über das Gesetz ein Nachdruck

auf das Wort „Bücher" gelegt und ein wirklicher Unterschied zwischen beiden Ausdrücken gemacht worden sey. Jeden Falls würde eine gewisse Gleichheit des Grundes für die gleiche Behandlung sprechen. (S. 217.)

c) Unter den aus den Gerichtsakten ersichtlichen Ansprüchen seyen solche Forderungen zu verstehen, welche nach Ausweis gerichtlicher Verhandlungen — seyen es Einträge in Unterpfands- oder Güterbüchern, Prozeßakten, Schuldklagprotokollen, Akten über vorläufige Anmeldungen u. dgl. als bestehende Ansprüche an die Masse anzunehmen seyen. (S. 218.) Zwei Hauptmomente konstituiren diese Annahme: einmal die geschehene Ermittelung durch die Gerichtsakten, daß diese Forderung wirklich einmal bestanden habe, und zweitens die Vermuthung, daß sie noch bestehe und geltend gemacht werden wolle. Die Annahme der beiden letztgenannten Thatsachen bilde übrigens keine wirkliche Rechtsvermuthung, sondern bloße Supposition; die weitere Verhandlung müsse erst sowohl darüber, daß die Forderung wirklich liquid sey, als darüber, daß sie geltend gemacht werden wolle, entscheiden. (S. 219.) Die Vermuthung sey nur eine einstweilige und selbst in dieser Eigenschaft noch nicht dadurch begründet, daß die Forderung aus den Gerichtsakten als eine bestehende zu betrachten sey; sondern die Umstände müssen überhaupt von der Art seyn, daß nicht die Annahme der gedachten Vermuthung für sich wegfallen müsse; sonst würde wohl das in §. 32 vorgezeichnete Verfahren nicht anwendbar oder nicht am Platze seyn. Solche als bestehend anzunehmende Ansprüche an die Masse wären dann sofort dem Beweisverfahren zu unterwerfen Der Gläubiger werde in der Unterstellung des Gesetzes, daß sein aus den Gerichtsakten ersichtlicher Anspruch ein solcher sey, welcher liquidirt werden könne und wolle, nur wie die anderen Gläubiger, deren Forderungen noch nicht im Klaren sich befinden, zum Beweise aufgefordert. Diese Aufforderung

involvire natürlich zugleich die wiederholte Aufforderung, seinen Anspruch überhaupt geltend zu machen. (S. 221.)

d) Allein der Eintritt des in der Ladung angedrohten Präjudizes der Präklusion sey nur verschoben. Wenn diese Gläubiger bis zum Schlusse des Verfahrens gar nicht auftreten, so sey es natürlich, daß die Fiktion der Wahrheit weichen und der Ausschluß auch bei diesen Gläubigern erfolgen müsse. (S. 227, 228.) Diese Präklusion werde erst am Schlusse des ganzen Verfahrens, also der Regel nach mit dem Prioritätserkenntniß auszusprechen seyn. (S. 229, 231.) Das solchen Gläubigern anzudrohende Präjudiz werde sonach ein kombinirtes seyn müssen, welches neben dem Verluste der dem Gerichte nicht amtlich bekannten Beweismittel auch auf den Ausschluß der Forderung selbst für den Fall, daß sie bis zum Schlusse des Verfahrens nicht geltend gemacht werde, zu richten seyn dürfte. (S. 232.)[51]

§. 8.

Eine von diesen Ausführungen in verschiedenen Punkten abweichende Ansicht ist in einem aus besonderem Anlaß erstatteten Kollegialvortrag ausgesprochen und näher zu begründen gesucht worden, und wenn gleich dieser neuen Ansicht manche Bedenken entgegenstehen dürften und Einsender dieses ihr in allen Theilen beizutreten Anstand nehmen muß, so wird es doch gewiß von Interesse seyn, wenn besagter Kollegialvortrag in Folgendem mitgetheilt wird.[52] Derselbe besagt:

Der §. 32 der Novelle hat nach den ausdrücklichen Worten im Eingang seine Bestimmung hinsichtlich der auf die Vorladung zur Liquidationsverhandlung weder erschienenen noch schriftlich recessiren-

---

[51] Vergl. Bolley, Entwürfe Bd. 2, §. 1571, Bem. 1, §. 1755 a, §. 1781 a, Ziff. 3 b ff., Ziff. 4 und die beigefügte Bemerkung.

[52] Der geschätzte Herr Verfasser des Kollegialvortrags hat zu der Veröffentlichung desselben seine Zustimmung gegeben, wünscht jedoch, nicht genannt zu werden.

den Gläubiger gegeben. Er setzt also voraus, daß die bekannten Gläubiger besonders, die unbekannten dagegen ediktaliter vorgeladen worden seyen. Wenn die Ladung nicht oder nicht gehörig erlassen worden ist, so kann eine Präklusion keinen Falls Statt finden, und zwar, wenn der Fehler die Ediktalladung betrifft, hinsichtlich der unbekannten Gläubiger, betrifft er die Spezialladungen, hinsichtlich der bekannten Gläubiger nicht.[53] Wenn aber die Ladungen gehörig erlassen worden sind, dann treten die Fälle und die Bestimmungen des §. 32 der Novelle ein. Das heißt: Die Gläubiger, welche an der Liquidationsverhandlung nicht erschienen sind und auch nicht schriftlich recessirt haben, werden wenn sie

a) zu den bekannten Gläubigern zählen, unbedingt ausgeschlossen;

b) die bekannten Gläubiger werden gleichfalls präkludirt; es wäre denn

c) daß ihre Ansprüche schon aus den Gerichtsakten ersichtlich sind, in welchem Falle ausnahmsweise ihre Präklusion nicht stattfindet.

Hier entsteht nun aber die Frage, welche bekannte Gläubiger das Gesetz zu denjenigen rechnet, deren Ansprüche schon aus den Gerichtsakten ersichtlich sind. Scheurlen ist der Meinung, das Gesetz zähle zu diesen Gläubigern nur diejenigen, hinsichtlich welcher aus den Gerichtsakten ersehen werden könne, daß sie bereits Ansprüche an die Masse gerichtlich erhoben, d. h. klagbar gemacht haben. Diese Meinung ist, wie schon Sarwey in seiner trefflichen Abhandlung gezeigt hat, unrichtig. Sie widerspricht auch dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, wonach das Wort „Anspruch" nicht der Ausdruck für bereits gerichtlich klagbar gemachte Forderungen ist. Und daß insbesondere der Gesetzgeber von keinem andern Sprachgebrauch ausgegangen sey, erhellt daraus, daß in dem

---

[53] Scheurlen, a. a. O. S. 231 ff.

der fraglichen Stelle zunächst vorhergehenden Satze des §. 32: „**unbekannte** Gläubiger werden mit ihren **An**„**sprüchen** an die Masse gänzlich ausgeschlossen", nothwendig das Wort „Anspruch" nicht gleichbedeutend mit eingeklagten oder sonst gerichtlich geltend gemachten Forderungen seyn kann, weil ja sonst die Gläubiger nicht unbekannte wären, auf welche doch der ganze Satz allein sich bezieht. Es genügt also zur Subsumtion unter die Ausnahme der Umstand, daß die Forderungen aus den Gerichtsakten bekannt sind.

Die Ständeversammlung hatte in Uebereinstimmung mit dem Vorschlage der K. Regierungskommissäre die Ausnahme von der Präklusion nach den gebrauchten **Worten** auf die aus den Gerichts**büchern** ersichtlichen Forderungen beschränkt und in dem Landtagsabschied ist die Zustimmung hiezu ohne Modifikation erklärt worden. Unter den aus den Gerichtsbüchern ersichtlichen Forderungen konnten aber nur solche verstanden werden, welche als **gegenwärtige** aus den Gerichtsbüchern zu ersehen sind, wobei es nicht darauf ankommt, ob sie als liquid erscheinen oder nicht; genug, wenn aus den Gerichtsbüchern hervorgeht, daß diese oder jene Ansprüche von Gläubigern gegen den Kridar geltend gemacht oder sich zugeschrieben werden. Dafür spricht der Wortlaut. Wäre jenes nicht der Sinn des Gesetzes, so hätte es sich dahin ausdrücken müssen: dagegen sind diejenigen Ansprüche zu beachten, hinsichtlich welcher aus den Gerichtsbüchern entnommen werden kann, daß sie irgend einmal bestanden haben oder irgend einmal von Andern sich zugeschrieben worden sind. Die Beschränkung auf gegenwärtige Forderungen war auch vollkommen gerechtfertigt, einmal weil nur sie solche ausnahmsweise Berücksichtigung verdienten, und sodann weil man doch dem Gantgericht nicht zumuthen konnte, bis in die ältesten Zeiten die öffentlichen Bücher nachzuschlagen, um hinsichtlich aller möglichen Personen, welche daselbst irgend einmal als Gläubiger

des Kridars oder seiner Universalrechtsvorfahren eingetragen worden, das in §. 32 vorgeschriebene Verfahren einzuleiten. Also das Prinzip ist, daß nur gegenwärtige Forderungen zu berücksichtigen sind. Zur Zeit der Vereinbarung der Ständeversammlung mit der K. Staatsregierung kann man daher unter den Gerichtsbüchern nur diejenigen gemeint haben, aus welchen Forderungen als gegenwärtige zu ersehen sind. Das können aber nur diejenigen seyn, welche den Zweck und die Bestimmung haben, die in sie eingetragenen Forderungen, so lange sie nicht gelöscht sind, als noch bestehend oder noch von den Gläubigern sich zugeschrieben — als gegenwärtige zu dokumentiren. Denn aus Gerichtsbüchern welche diesen Zweck und diese Bestimmung nicht haben, sind nur irgend einmal bestandene oder irgend einmal geltend gemachte, nicht aber auch Forderungen als noch bestehende oder als noch von dem Gläubiger sich zugeschriebene zu ersehen.[54] Wendet man dieß auf die ver-

---

[54] V. d. R. Nur die aus den Gerichtsakten ersichtlichen Ansprüche bekannter Gläubiger sollen nach dem Gesetze von der Präklusion nicht getroffen werden. Bei der Anwendung dieser Bestimmung drängen sich zwei Fragen auf, einmal was heißt: „ersichtliche Ansprüche" und dann „aus welchen Gerichtsakten" müssen sie ersichtlich seyn. Der verehrte Herr Verfasser des oben mitgetheilten, unstreitig interessanten Kollegialvertrags versteht unter ersichtlichen Ansprüchen solche, welche sich, ob liquid oder illiquid, als gegenwärtige, d. h. als noch bestehende, oder von Gläubigern gegen den Kridar geltend gemachte oder sich zugeschriebene darstellen, und glaubt hiemit zugleich ein Prinzip für die Lösung der zweiten Frage gefunden zu haben, indem er annimmt, daß nur aus solchen Gerichtsbüchern Ansprüche als gegenwärtige ersehen werden können, welche die Bestimmung haben, den Fortbestand der darin eingetragenen Forderungen bis zu erfolgter Löschung zu dokumentiren.

Was nun die erste Frage betrifft, so ist zuzugeben, daß, wie im Gante überhaupt nur existirende oder doch als existirend behauptete Forderungen in Frage kommen können, auch die Ausnahmen von der Präklusion nur auf solche nicht liquidirte Ansprüche bekannter Gläubiger sich beziehen können, von welchen nach dem In-

malen im Gebrauch befindlichen Gerichtsbücher an, so ergibt sich:

---

halt der Gerichtsakten anzunehmen ist, daß sie noch existiren oder als noch existirend behauptet werden. Es folgt dieß aus der Natur der Sache, und es geht hievon auch Sarwey aus, indem er unter den aus den Gerichtsakten ersichtlichen Ansprüchen diejenigen begreift, welche sich als bestehende Ansprüche an die Masse darstellen, d. h. als Forderungen, von welchen nicht nur erhelle, daß sie wirklich einmal bestanden, sondern von denen sich auch annehmen lasse, daß sie noch bestehen und geltend gemacht werden wollen. Der Unterschied zwischen der in dem Kollegialvortrag angenommenen Auslegung des Begriffs von „ersichtlichen Ansprüchen" und der Sarwey'schen Interpretation besteht, abgesehen von der abweichenden Terminologie, hauptsächlich darin, daß nach letzterer nur solche Ansprüche von Amtswegen beachtet werden sollen, von denen aus den Gerichtsakten erhelle, daß sie wirklich einmal bestanden haben, während nach ersterer Ansicht es lediglich darauf ankommt, ob aus den Gerichtsakten sich ersehen läßt, daß Ansprüche von Gläubigern als bestehende geltend gemacht oder sich zugeschrieben werden. Hierin wird man nun allerdings der letzteren Ansicht beipflichten müssen, denn ein aus den Gerichtsakten ersichtlicher Anspruch liegt vor, wenn nur ersichtlich ist, daß eine Forderung als bestehend behauptet wird, und der Wille ihrer Geltendmachung anzunehmen ist, und eine Beschränkung auf solche Ansprüche, deren Entstehung aktenmäßig nachgewiesen ist, erhellt weder aus den Worten, noch aus der Geschichte und dem Geiste des Gesetzes. Dagegen wird man, wie auch von dem Herrn Einsender des obigen Aufsatzes am Schlusse des §. 9 geschehen, die von Sarwey aufgestellte und überzeugend begründete, auch schon der Ansicht von Scheurlen zu Grunde liegende, Beschränkung festhalten müssen, daß nur solche Forderungen von Amtswegen Beachtung zu finden haben, von welchen nach den Umständen sich annehmen läßt, daß sie noch geltend gemacht werden wollen. Es folgt dieß aus dem Grundsatz der Freiheit der Rechtsverfolgung, wonach es Jedem freistehen muß, ob er eine Forderung verfolgen will oder nicht, und findet auch in den Worten des Gesetzes seine Bestätigung, da ein Recht, von welchem anzunehmen ist, daß solches der Gläubiger nicht ansprechen will, offenbar nicht als ein ersichtlicher Anspruch bezeichnet werden kann. Hienach wird man die erste der oben aufgestellten Fragen dahin zu beantworten haben, daß von Amtswegen nur solche Ansprüche zu beachten sind, von welchen nach den Gerichtsakten anzunehmen ist, daß sie noch existiren, oder als noch existirende behauptet werden, und geltend gemacht werden wollen.

a) daß Forderungen, welche aus den Kontrakten- oder Kaufbüchern zu entnehmen sind, nicht unter die Ausnahme von der Präklusion fallen. Denn diese Gerichtsbücher haben nicht die Bestimmung, über das Fortbestehen der eingetragenen Kaufschillingsforderungen eine Urkunde zu bilden. Wenn der Kaufschilling auch bezahlt wird, so wird weder der Eintrag gelöscht, noch die Zah-

---

Was aber die zweite Frage wegen der Gerichtsakten betrifft, so wird man in dieser Beziehung einen prinzipiellen Unterschied unter denselben nicht machen können, und insbesondere dem in dem Kollegialvortrag aus dem aufgestellten Prinzip gezogenen Schlusse nicht beizupflichten vermögen, daß unter den Gerichtsbüchern, aus welchen die Ansprüche ersichtlich seyn müssen, nur diejenigen verstanden seyn können, welche die Bestimmung haben, die in sie eingetragenen Forderungen bis zu ihrer Löschung als noch bestehend oder noch von den Gläubigern sich zugeschrieben, als „gegenwärtige" zu dokumentiren. Dieser Ansicht ist von dem Herrn Einsender des obigen Aufsatzes im §. 9 mit vollem Rechte entgegengetreten worden, und man wird demjenigen entschieden beitreten müssen, was dort gegen besagte Ansicht gesagt ist. Jede Urkunde, welche die Entstehung eines Rechtsverhältnisses beweist, liefert eben damit auch den Beweis der gegenwärtigen Existenz desselben; denn die Fortdauer eines Rechtsverhältnisses wird nicht wie die Fortdauer thatsächlicher Zustände, durch den Hinzutritt oder das Fortgehen äußerer Thatumstände bedingt, welche erst bewiesen werden müßten, sondern es stellt sich die Fortdauer rechtlicher Zustände und Verhältnisse lediglich als eine Folge ihrer Entstehung dar, und es behält das einmal entstandene Recht sein Daseyn, so lange solches nicht durch den Eintritt neuer entgegengesetzter Thatsachen vernichtet wird. Ist die Entstehung eines Rechts daher dargethan, so bedarf seine Fortdauer und gegenwärtige Existenz nicht erst noch eines besonderen Beweises, vielmehr hat derjenige, welcher das durch den Eintritt besonderer neuer Thatsachen bedingte Erlöschen des Rechts behauptet, den Eintritt dieser rechtsvernichtenden Thatsachen zu beweisen. (Vergl. Wächter, württ. Privatrecht Bd. 2, S. 443, 452, 453.) Hieraus ergibt sich, daß es von vorneherein unrichtig ist, zwischen Gerichtsbüchern mit der Bestimmung, für den Fortbestand der in sie eingetragenen Forderungen bis zu deren Löschung als Beweismittel zu dienen, und zwischen solchen, aus welchen nur die frühere Entstehung oder Existenz von Rechten oder Forderungen erhelle, prinzipiell zu unterscheiden, wie denn auch in Wirklichkeit ein solcher Unterschied überall nicht besteht. (K.)

lung vorgemerkt. Selbst wenn der Kaufschilling schon vor dem, oft sich sehr verzögernden Eintrag in das Kaufbuch bezahlt ist, muß die Zahlung nicht erwähnt werden. Also können die eingetragenen Forderungen aus diesen Büchern nicht als gegenwärtige ersehen werden und sind ebendeßhalb nicht von der Präklusion ausgenommen. Daraus folgt, daß das Gantgericht nicht gehalten ist, vor Erlassung der Ladungen zur Liquidationsverhandlung und vor Fällung des Präklusiverkenntnisses die Kontraktenbücher bis in die frühesten Zeiten zu durchgehen, um zu erfahren, welche Personen nach denselben irgend einmal an den Kridar oder seine Universalrechtsvorfahren Forderungen zu machen gehabt haben, um diesen Personen die Wohlthat des §. 32 zu Theil werden zu lassen.

b) Die Güterbücher haben neben anderen Zwecken die Bestimmung, auf den Gütern haftende Lasten, z. B. Ablösungszeitrenten als bestehende, als gegenwärtige urkundlich darzustellen. Soferne es sich aber von den verfallenen Leistungen handelt, so enthalten die Güterbücher darüber, daß sie noch nicht getilgt seyen oder daß die Berechtigten sich Ansprüche auf solche verfallene Leistungen zuschreiben, gar nichts. Wenn daher zwar Reallasten eingetragen sind, die Berechtigten aber troß der Ladung nicht liquidiren, so können sie nur mit den laufenden Abgaben, mit der laufenden Zeitrente, mit dem laufenden Leibgeding von der Präklusion ausgenommen werden. Dagegen trifft das Präklusiverkenntniß sie in Ansehung der bereits verfallenen Leistungen, weil diese als gegenwärtige nicht aus den Gerichtsbüchern erhellen. Ganz anders ist es

c) mit den Unterpfandsbüchern.[55] Sie haben den Zweck, Pfandbestellungen für Forderungen, insolange diese bestehen, urkundlich darzustellen. Daher werden

---

[55] Vergl. Bolley, Entw. u. Antr. Bd. 2, S. 1755 a.

dieselben, sobald die Forderungen getilgt sind, gelöscht. Sie haben weiter die Bestimmung, für bestehende oder von Andern sich zugeschriebene Forderungen Vormerkungen zum Zweck der Sicherstellung von Pfandrechtstiteln aufzunehmen. Diese Vormerkungen werden gelöscht, sobald die Forderungen getilgt oder rechtskräftig abgesprochen sind. Aus den nicht gelöschten Einträgen in den Unterpfandsbüchern sind somit Forderungen, welche entweder noch bestehen, oder von den eingetragenen Personen sich zugeschrieben werden, somit gegenwärtige Ansprüche zu ersehen. Alle diese Personen werden mit ihren eingetragenen Forderungen, mögen sie liquid oder illiquid erscheinen, von der Präklusion nicht getroffen, auch wenn sie auf die Ladung nicht liquidirt haben.

Alles Angeführte ist lediglich eine Konsequenz aus dem dem Gesetz zu Grunde liegenden Prinzip. Wären noch andere Gerichtsbücher im Gebrauche oder würden künftig noch andere Gerichtsbücher eingeführt, oder sind die Fälle, welche schon jetzt aus den Gerichtsbüchern sich ergeben können, oben nicht vollständig angeführt, so würde sich die Entscheidung von selbst aus dem Prinzip ergeben.

Aber *gegenwärtige* Ansprüche können dem Gantgerichte auch aus andern gerichtlichen Urkunden bekannt werden, als aus den Gerichtsbüchern, so z. B. aus den *Schuldklagprotokollen*; denn die im Exekutionsverfahren begriffenen Forderungen sind gegenwärtige; ferner aus den *Civilprozeßakten*, denn die gerichtlich eingeklagten Ansprüche, welche in der Instruktion begriffen, sind gleichfalls gegenwärtige. Die Forderungen, welche *vor* Erlassung der Ladung zur Liquidationsverhandlung *eingeklagt* oder *angemeldet* worden sind, ohne daß eine Verfügung darauf getroffen worden, z. B. wenn ein Gläubiger seine Forderung dem Notar vor oder bei oder nach der Vermögensuntersuchung angezeigt, oder bei der Ortsobrigkeit eingeklagt, diese aber sie ein-

fach mit der Insolvenzanzeige eingesendet hat, sind gegenwärtige.[56] Dieses sind auch die von dem Gemeinschuldner bei der Vermögensuntersuchung angegebenen Ansprüche, denn sie sind als gegenwärtige angegeben.

Warum sollte es nun die Meinung der gesetzgebenden Faktoren gewesen seyn, nur diejenigen Gläubiger, deren Ansprüche aus den Gerichtsbüchern, nicht aber auch diejenigen, deren Ansprüche als gegenwärtige ebenso gewiß aus andern gerichtlichen Akten ersichtlich sind, von der Präklusion auszunehmen? Diese Unterscheidung ließe sich als auf keinem Prinzip, sondern auf bloßer Willkühr beruhend nicht rechtfertigen, daher wohl auch nicht ohne besondere Gründe, die im vorliegenden Falle nicht vorhanden sind, als im Willen der gesetzgebenden Faktoren gelegen ansehen. Ohne Zweifel davon geleitet, hat die K. Staatsregierung bei der Redaktion — und zwar mit Recht — angenommen, es sey der wahre Sinn der Gesetzesstelle, worüber man sich geeinigt, der gewesen, jene Unterscheidung nicht aufzustellen, und hat demzufolge in dem §. 32 das Wort „Gerichtsbücher" mit dem Worte „Gerichtsakten" vertauscht, welche Annahme und Fassungsänderung auch der ständische Ausschuß und insbesondere sein Referent — der damalige Präsident Weishaar — mit den Beschlüssen der Ständeversammlung ganz übereinstimmend gefunden hat.

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß alle liquide oder illiquide Ansprüche, welche als gegenwärtige aus den Unterpfands- und Güterbüchern, aus den laufenden Schuldklagprotokollen und Schuldklageakten, ferner aus den laufenden Civilprozeßakten und aus den Akten des gegenwärtigen Konkurses im engeren Sinne, d. h. aus dem Vermögensuntersuchungsprotokolle und aus, zu demselben gekommenen Anmeldungen von Ansprüchen oder Klagen

---

[56] Zu vergl. Schweppe, System §. 116.

der Gläubiger sich ersehen lassen,[57] von der Präklusion ausgeschlossen sind.

Die Schuldklageakten, die Civilprozeßakten haben aber nicht die Bestimmung, die in ihnen vorkommenden Forderungen in solange, als diesen nicht Urkunden über eine vor sich gegangene Tilgung beigelegt werden, als gegenwärtige darzustellen. Daher sind aus diesen Akten, sobald sie als erledigt erscheinen, die in ihnen bezeichneten Ansprüche nicht als gegenwärtige zu ersehen, weßhalb sie von der Präklusion betroffen werden. Selbstverständlich dagegen erscheinen die im Exekutions- oder gerichtlichen Verfahren begriffenen Forderungen als gegenwärtige.

Nach dem Angeführten muß die Ansicht, daß unter den Gerichtsakten nicht auch die Vermögensuntersuchung und die Schuldklagprotokolle zu verstehen seyen, als unrichtig betrachtet werden. Der Einwand, daß sich keine Grenze finden ließe, bis zu welcher Zeit in dem Schuldklagprotokoll zurückgegangen werden müsse, trifft diese Auslegung nicht, die ja nur die in der Exekution begriffenen und nicht auch die erledigten Schuldforderungen von der Präklusion ausnimmt. Nicht minder unbegründet ist die weitere Einwendung, daß man bei dieser Auslegung nicht wüßte, welche Forderungen bekannter Gläubiger unbeachtet bleiben sollen, während doch das Gesetz das Vorhandenseyn solcher annehme. Denn wenn die Forderung eines Gläubigers aus dem Kaufbuch oder aus ältern Schuldklagprotokollen oder ältern Civilprozeßakten bekannt geworden ist, oder wenn ein Gerichtsmitglied vor der Fällung des Präklusiverkenntnisses die Mittheilung macht, daß er privatim oder aus Anlaß einer Theilung amtlich wisse, wie einer Person, die nicht liquidirt, diese oder jene Forderung an den Kridar zustehe, oder wenn ein Gläubiger hinsichtlich eines andern Gläubigers, der

---

[57] Vergl. Bolley, Entw. Bd. 2, §. 1781 a.

nicht liquidirt, eine gleiche Mittheilung macht und dergleichen, so sind das dem Gericht bekannt gewordene Ansprüche, welche von dem Präklusiverkenntniß nicht ausgenommen werden dürfen.

Es erübrigt nun nur noch, über die Sarwey'sche Meinung einige Worte zu sagen. Der Sinn der Meinung von Sarwey (wie sie oben §. 7 dargelegt worden) geht wohl dahin: durch die Gerichtsakten müsse ermittelt seyn, daß die Forderungen wirklich einmal bestanden haben. Nicht die Annahme dieser, sondern der zwei weitern Thatsachen, daß diese Forderungen auch derzeit noch bestehen und daß sie geltend gemacht werden wollen, solle vorerst bloße Supposition bilden. Es ist aber nicht recht klar, wie die von Sarwey angeführten vorläufigen Anmeldungen den Nachweis liefern sollten, daß die Forderungen wirklich einmal bestanden haben. Die behufs der Sicherstellung von Pfandrechtstiteln in das Unterpfandsbuch eingetragenen bestrittenen Ansprüche scheinen darnach gleichfalls nicht von der Präklusion befreit zu seyn. Warum sollen nun aber die Forderungen, von welchen es ungewiß ist, ob sie je einmal bestanden haben, anders behandelt werden, als diejenigen, von denen es ungewiß ist, ob sie noch bestehen? in dem einen, wie in dem andern Falle sind sie illiquid. Warum sollen insbesondere die oben bemerkten im Unterpfandsbuch vorgemerkten Ansprüche, soweit sie in Beziehung auf ihre Entstehung bestritten sind, nicht, wohl aber soferne über die Tilgung ein Streit besteht, zu berücksichtigen seyn? Vom gesetzgeberischen Standpunkte aus ließe sich eine solche Unterscheidung sicherlich nicht genügend begründen. Daß aber unser Gesetz sie nicht macht, daß es irgend einen Nachweis des Anspruchs nicht, sondern nur das fordert, daß der Anspruch als gegenwärtiger — liquider oder illiquider — aus den Akten ersichtlich ist, wurde schon oben gezeigt. Ist der hiernach nicht unter die Präklusion fallende An-

spruch bestritten, so ist eben nach ausdrücklicher Bestimmung des §. 32 das Beweisverfahren einzuleiten.

Die Meinung Sarwey's geht weiter dahin: Die Umstände müssen überhaupt der Art seyn, daß nicht die Annahme der Vermuthung, die Forderung bestehe noch und wolle geltend gemacht werden, wegfalle. Diese Bedingung ist in dem Gesetz durch kein Wort ausgedrückt.[58] Sie würde zur größten Rechtsunsicherheit führen; denn aus den angeführten Beispielen ersieht man, daß Sarwey keine Gewißheit, sondern nur Wahrscheinlichkeit fordert; man wüßte aber nicht, welcher Grad der Wahrscheinlichkeit genüge oder erforderlich sey, und bekannt ist, daß man hier auf den Boden der Unbestimmtheiten gelangt, wo die verschiedensten Meinungen sich geltend machen und das Recht ungewiß und unsicher wird. Jene Bedingung wird daher auch von der Gesetzgebungskunst abgewiesen werden. Sie ist wohl auch dem Verfasser nur durch die Vergegenwärtigung der angeführten Beispiele und durch die Betrachtung, daß solche Ansprüche doch nicht unter die Ausnahmsbestimmungen fallen können, hervorgerufen worden. Diese Beispiele erregen jedoch bei der oben vertheidigten Auslegung des Gesetzes kein Bedenken. Ein vor 10 Jahren außergerichtlich eingeklagter Anspruch erhellt aus dem Schuldklageprotokoll nicht als ein gegenwärtiger, ist also von der Präklusion nicht auszunehmen.[59] Wenn dagegen Jemand mit einem

---

[58] Dieß möchte zu bezweifeln seyn; vergl. Note 54. Auch ist nicht einzusehen, wie Ansprüche, von denen nach den Umständen anzunehmen ist, daß sie nicht geltend gemacht werden wollen, oder daß sie nicht mehr bestehen, als gegenwärtige, d. h. als in der Gegenwart noch existirende oder geltend gemachte Ansprüche sollten betrachtet und bezeichnet werden können. (K.)

[59] Der Grund hievon ist aber doch nur in der Vermuthung zu suchen, daß ein Anspruch inzwischen getilgt worden, oder nicht mehr verfolgt werden will. Ob und in weit diese Vermuthung im letztern Falle zutrifft, darüber kann aber lediglich das richterliche Ermessen ent-

Pfandrechte im Unterpfandsbuche läuft, oder wenn Jemand eine Forderung aus Anlaß der Vermögensuntersuchung vor Fällung des Ganterkenntnisses angemeldet hat, es ergibt sich aber aus den Umständen eine Wahrscheinlichkeit, daß die Forderung auf eine andere Person übergegangen sey; so erscheint doch der Anspruch des ursprünglichen Gläubigers aus den Gerichtsakten als gegenwärtiger, er ist daher von der Präklusion auszunehmen und über die Frage: ob der ursprüngliche Gläubiger noch der berechtigte sey, ist, falls er den Anspruch wirklich geltend machen will, ein Beweisverfahren einzuleiten und zu erkennen. Das scheint ganz konsequent und gerecht.

Die Prüfung der oben dem Gesetze gegebenen Auslegung an der Sarwey'schen Meinung dürfte die Richtigkeit jener Auslegung weiter erprobt haben. Ueberall läßt sich die letztere ungezwungen und konsequent durchführen, ohne Verlegenheiten hervorzurufen oder zu Ungleichheiten zu führen.

Dagegen kann man sich mit demjenigen, was in der Sarwey'schen Abhandlung über das den Gläubigern der bemerkten Kategorien anzudrohende Präjudiz und über das hinsichtlich derselben überhaupt einzuhaltende Verfahren angeführt ist, ganz einverstanden erklären. Daß auch diese Gläubiger, wenn sie sogar in der Zwischenzeit zwischen dem Ausspruch des Präklusiverkenntnisses und des Lokationsurtheils ihre Ansprüche nicht geltend machen, gleichzeitig mit letzteren von der Befriedigung aus der Masse auszuschließen seyen, erhellt wohl auch daraus, daß man nach der Entstehungsgeschichte des §. 32 die Gläubiger nicht noch milder behandeln wollte, als dieselben nach dem vor dem IV. Edikt geltend gewesenen Pro-

---

scheiden, welches ja auch sonst in vielen Fällen ohne Gefahr für die Rechtssicherheit einzutreten hat, und gerade im Interesse des Rechts häufig eintreten muß. (K.)

zeßrechte behandelt worden waren, daß man nicht über das vorediktliche Prozeßrecht hinauszugehen beabsichtigte, daß aber nach dem letztern alle Gläubiger ohne Ausnahme, welche bis zum Lokationsurtheil oder bis zum Ablauf des nach dem Liquidationstermine anberaumten besondern Termins nicht liquidirt hatten, ausgeschlossen wurden. Auch würde, wenn es die Absicht gewesen wäre, jenen Gläubigern den sie nach dem Lokationserkenntnisse treffenden Theil der Masse aufzudrängen, und sie in diesem, sowie in dem Falle, daß sie wegen unzureichender Größe der Masse gänzlich durchfallen, zur Vergütung der, der Gantmasse durch ihre Saumseligkeit zugehenden Kosten und Schäden zu verpflichten (s. §. 32), eine solche exorbitante Vorschrift doch ganz gewiß nicht ohne Begleitung eines Wortes der Rechtfertigung vorgeschlagen und genehmigt worden seyn.

§. 9.

So sehr auch der Werth der in dem voranstehenden Paragraphen erörterten Ansicht anzuerkennen ist, so vermag sich der Einsender doch mit derselben und insbesondere mit mehreren der dort aufgestellten Sätze nicht zu vereinigen. Es ist nämlich

1) gesagt, unter den in Frage kommenden Gerichtsbüchern können von den gesetzgebenden Faktoren nur diejenigen verstanden worden seyn, welche den Zweck und die Bestimmung haben, die in sie eingetragenen Forderungen, solange sie nicht gelöscht seyen, als noch bestehend oder noch von dem Gläubiger sich zugeschrieben zu dokumentiren. Nun gibt es zwar wohl Urkunden, aus deren Einträgen sich auf die Existenz eines Rechts schließen läßt, wie z. B. der Umstand, daß im Pfandbuch eine Kaufschillings- oder Darlehensschuld ꝛc. nicht gelöscht, daß im Güterbuch ein Leibgeding ohne weitere Bemerkung eingetragen ist, einen Schluß darauf begründet, daß die Verbindlichkeit noch jetzt existire, weil die Vorschrift be-

steht, daß nach deren Aufhören der auf sie bezügliche Eintrag gelöscht, beziehungsweise mit der geeigneten Bemerkung versehen werden müsse. Eine andere Frage aber ist es: ob es Gerichtsbücher gebe, welche den Zweck und die Bestimmung haben, die in sie eingetragenen Forderungen als noch bestehend zu dokumentiren, mit andern Worten: das Fortbestehen eines entstandenen Anspruchs, d. h. dessen Nichterloschenseyn zu konstatiren. Für die Haltung solcher Bücher läge in der That kein Grund vor, denn ist einmal durch den Eintrag dargethan, daß gewisse Rechte zur Existenz gelangt seyen, so muß ihre Fortdauer nach allgemeinen Grundsätzen solange als erwiesen angenommen werden, bis der Verpflichtete deren Erlöschen nachgewiesen hat. Denn für die Fortdauer rechtlicher Zustände streitet eine Rechtsvermuthung, weil die Fortdauer eines Rechtsverhältnisses nicht durch äußere Thatsachen bedingt ist, wie dessen Entstehung, sondern weil sie sich lediglich als Folge der Entstehung darstellt und aus diesem Grunde keines besondern Beweises bedarf. Es bestehen auch in der That keine Gerichtsbücher, welche jenen Zweck haben, denn diejenigen öffentlichen Bücher und Urkunden, welche im vorangehenden Paragraphen unter diese Rubrik gestellt werden, haben nur die Bestimmung, die Konstituirung oder die Existenz gewisser Rechtsverhältnisse, nicht aber deren Fortdauer darzuthun. Jeden Falls läßt sich daraus, daß nur existirende oder als existirend behauptete Forderungen im Gante beachtet werden dürfen, kein Schluß darauf ziehen: daß im §. 32 nur solche Gerichtsbücher gemeint seyn können, welche die gegenwärtige Existenz einer Forderung beweisen oder zu beweisen bestimmt seyen. Aus jenem Vordersatz folgt vielmehr nur das, daß die Forderung sich nach den Gerichtsakten oder Gerichtsbüchern als eine existirende oder als existirend behauptete darstellen müsse, um beachtet zu werden. Letzteres kann aber möglicher Weise aus jeder Urkunde erhellen und es läßt sich hieraus die

Absicht einer Beschränkung auf gewisse Bücher oder Akten nicht ableiten.

2) Dem Satze zu Folge, daß vom Gesetzgeber nur solche Gerichtsbücher haben bezeichnet werden wollen, die den Zweck haben, eine Forderung als noch bestehend darzustellen, werden sodann die Kauf- und Kontrakten-bücher nicht zu den Gerichtsakten gezählt, die aus diesen Dokumenten ersichtlichen Gläubiger also unter den Präklusivbescheid gestellt. Die Ansicht, daß die aus den Kauf- und Kontraktenbüchern hervorgehenden Ansprüche nicht von Amtswegen berücksichtigt werden müssen, dürfte sich aber jedenfalls in allen solchen Fällen nicht rechtfertigen lassen, wo diese Urkunden nach Art. 58 des Pfandgesetzes die Stelle der Güterbücher vertreten. Dieß bedarf keiner weitern Begründung, weil die Güterbücher, wie ja auch der Herr Verfasser des Kollegialvortrags wenigstens bedingungsweise anerkennt, zu den Gerichtsakten im Sinne der Novelle gehören. Zur Zeit der Emanirung der Novelle gab es aber noch sehr wenige Güterbücher. Nur die Gutsherrschaften waren in der Regel im Besitze von solchen Grunddokumenten; dieselben können jedoch weder der Form noch dem Inhalt nach als öffentliche Urkunden betrachtet werden, sie hatten einen ganz andern Zweck, als unsere heutigen Gemeindegüterbücher und waren auch dem Gemeindeangehörigen nur schwer zugänglich. Im Uebrigen bestanden für die Steuer- und dinglichen Rechtsverhältnisse meistens blos sehr lückenhafte Güter- und Gebäuderollen, oder sogenannte Steuerhefte, wie im Hohenlohe'schen, d. h. in einem mit dem Namen des Gutsbesitzers überschriebenen Umschlagbogen wurden alle auf dessen Güterrechtsverhältnisse bezüglichen Urkunden, Verträge &c. auf einzelnen Blättern oder Bogen, meistens ganz ungenügend und mangelhaft gesammelt und aufbewahrt. Sehr leicht möglich wäre es, daß gerade mit Rücksicht auf diese damaligen Verhältnisse statt des ursprünglich gesetzten Wortes „Bücher" der Ausdruck

„Akten“ gewählt worden wäre; jedenfalls kam es zur Zeit, als die Novelle erschien, sehr häufig vor, daß anstatt der Güterbücher die Kauf- und Kontraktenbücher benützt werden mußten. Erst durch die Verordnung vom 3. Dezember 1832 wurden bekanntlich die heutigen Gemeindegüterbücher in das Leben gerufen. Aber auch da, wo die Kaufbücher nicht die Stelle der Güterbücher vertreten, können dieselben nicht so unbedingt von dem Begriff der Gerichtsakten im Sinne der Novelle ausgeschlossen werden. Man kann zwar zugeben, daß, wenn im Kaufvertrag baare Zahlung bedungen wurde, der Kaufbuchseintrag keinen Grund für die Annahme des Bestehens der Kaufschillingsforderung abgeben könne, weil nicht zu unterstellen ist, daß gegen den Vertrag keine Zahlung geleistet worden seye. Allein man denke sich den gar nicht ungewöhnlichen Fall, daß bald nach einem auf Zieler abgeschlossenen Kauf der Gant gegen den Schuldner ausbricht, z. B. A. verkauft am 1. August einen Acker für 300 fl. auf 10 Jahreszieler an B., der Verkauf wird in das Kaufbuch eingetragen, darüber erkannt und im darauffolgenden September oder Oktober geräth der Käufer B. in den Gant. Warum sollte nun eine solche aus dem Kaufbuch bekannte Forderung nicht ebensogut Anspruch auf Berücksichtigung von Amtswegen haben, als eine aus dem Güterbuch ersichtliche Pfründe, eine Leibrente, ein in Zeitrenten zerschlagener Ablösungsschilling? Ist ja doch die Tilgung einer Schuld und namentlich vor der Verfallzeit gewiß nicht zu vermuthen. Ferner ist bekannt, daß die Notare jährlich nur ein Mal, bei Vornahme des Steuersatzes die Kaufbücher gründlich durchgehen, gewöhnlich in den Monaten Juni oder Juli; es kann also der wichtigste Vertrag, z. B. ein mit einem Kauf- oder Uebergabsvertrag verbundener Leibrentenvertrag viele Monate ruhig im Kontraktenbuch schlummern, ehe er in das Güterbuch übertragen wird. Soll nun ein Rechtsgeschäft darum, weil dasselbe nach der einmal bestehenden Geschäfts-

manipulation noch nicht in das Güterbuch eingetragen ist, bei einem in der Zwischenzeit ausbrechenden Konkurse unbeachtet bleiben, während das Gericht doch nur das neben dem Güterbuch daliegende Kaufbuch aufschlagen dürfte, um sich von dessen Daseyn zu überzeugen. Auch die allgemeine Praxis — man geht wohl nicht zuweit, wenn man dieß behauptet — widerstrebt dem obigen Satze. Denn überall, wo es sich um die Ermittlung des Vermögensstandes handelt, wird die betreffende Behörde die Kontraktenbücher zu Rathe ziehen, ob sich nicht in solchen ein erheblicher Eintrag finde. — Diese Praxis sollte man nicht lockern.

3) Was in dem Kollegialvortrag von den Güterbüchern angeführt wird, muß als richtig anerkannt, es muß zugegeben werden, daß aus den Güterbüchern nicht zu ersehen ist, ob eine verfallene Leistung abgetragen worden sey oder nicht, daß vielmehr aus dem Güterbuch nur die Existenz der Last entnommen werden kann, und daß daher die nicht liquidirten Rückstände von der Präklusion getroffen werden. Allein der Grund hievon liegt nicht darin, daß das Güterbuch zwar wohl die auf den Gütern haftenden Lasten, nicht aber die verfallenen Leistungen als bestehende urkundlich darzustellen bestimmt ist; sondern der Grund der Präklusion muß vielmehr in der einfachen Thatsache gesucht werden, daß die Güterbücher nur das Bestehen der Lasten und Verbindlichkeiten im Allgemeinen dokumentiren, die etwaigen Rückstände dagegen aus denselben nicht ersichtlich sind, der Ausnahmefall des §. 32 somit nicht vorliegt.

4) Nicht minder richtig ist es, wenn der Herr Verfasser des Kollegialvortrags davon ausgeht, daß die aus Unterpfandsbüchern ersichtlichen Gläubiger nicht präkludirt werden dürfen, aber nicht richtig ist der Grund, aus dem dieß abgeleitet wird. Derselbe liegt nämlich nicht in der Bestimmung des Unterpfandsbuchs für den Beweis der Fortdauer des eingetragenen Rechts, sondern darin, daß aus dem Pfandeintrag die Entstehung der

Forderung erhellt, und daß demgemäß deren Fortbestand rechtlich vermuthet werden muß, so lange keine entgegenstehenden Thatsachen nachgewiesen sind. Die Bestimmung der Unterpfandsbücher ist nicht die, den Fortbestand einer Forderung oder eines Rechts zu beweisen oder zu dokumentiren, wie denn auch Forderung und Pfandrecht längst erloschen seyn können, ohne daß eine Löschung des Eintrags im Unterpfandsbuch erfolgt ist Der Zweck der Unterpfandsbücher ist nur, die Entstehung des Pfandrechts urkundlich festzustellen, die Fortdauer desselben und damit der unterliegenden Forderung ergibt sich hieraus von selbst, so lange nicht die Aufhebung des Rechtsverhältnisses bewiesen ist. Aus diesem Grunde, und nicht aus dem in dem Kollegialvortrage angeführten muß eine aus dem Unterpfandsbuche ersichtliche Forderung als eine bekannte von Amtswegen beachtet werden.

5) Was das Schuldklagprotokoll betrifft, so ist durch das Gesetz vom 13. November 1855 der frühere Streit darüber: in wie weit das Schuldklagprotokoll von Amtswegen zu berücksichtigen sey, im Wesentlichen beseitigt, insoferne die Bestimmung des Art. 88 des Exekutionsgesetzes vom 15. April 1825, daß der Gläubiger nach Ablauf des Zahlungstermins wieder anrufen müsse, durch den Art. 3 jenes ersten Gesetzes aufgehoben ist, wonach das ganze Exekutionsverfahren ohne weitere Thätigkeit des Gläubigers von Amtswegen durchgeführt werden muß. Auch würde abgesehen hievon dem allzuweiten Zurückgreifen im Schuldklagprotokoll durch die Art. 1—3 des Gesetzes vom 6. Mai 1852 über die Einführung kürzerer Verjährungsfristen (Reg.-Bl. S. 112—113) für die Regel ein Ziel gesetzt. Gleichwohl aber bleiben noch manche Zweifel übrig, wie diese von Fecht[60] erwähnt sind. Darüber kann kein Anstand obwalten, daß die Forderung als eine bekannte behandelt werden muß, wenn der Gant

[60] Das Konkursverfahren S. 135 ff.

ausbricht, ehe das Hilfsvollstreckungsverfahren beendigt ist,[61] ebensowenig darüber, daß das Gegentheil zu geschehen hat, wenn der Gläubiger die Klage schon vor dem Ausbruch des Gantes zurückgenommen hat. In gleicher Weise ist es aber auch dann zu halten, wenn der Gläubiger auf den Grund des Art. 4 des Gesetzes vom 13. November 1855 von der Exekutionsbehörde zurückgewiesen worden ist. Denn sobald diese Verfügung getroffen worden, ist die Forderung in der Exekutionsinstanz erledigt und kann nicht mehr als ein bestehender Anspruch betrachtet werden, weil man nicht weiß, ob der Gläubiger nicht durch die Einwendung des Schuldners von der Grundlosigkeit seines Anspruchs überzeugt wurde, oder wenigstens ob er es nicht vorziehe, für jetzt die Sache ruhen zu lassen, anstatt einen im Erfolg doch wahrscheinlich nutzlosen Prozeß zu beginnen, ob er überhaupt seinen Anspruch noch verfolgen wolle, wie dieß auch schon Fecht[62] bemerkt hat. Uebrigens wird hiebei vorausgesetzt, daß der Beschluß der Exekutionsbehörde dem Gläubiger schon vor dem Ausbruch des Gantes und zwar so geraume Zeit vorher eröffnet worden sey, daß der Gläubiger, wenn es ihm darum zu thun gewesen wäre, seinen Anspruch hätte weiter verfolgen können; denn eher läßt sich nicht annehmen, daß er denselben nicht mehr verfolgen wolle. Erhebt der Gläubiger Beschwerde gegen die Verfügung der Exekutionsbehörde, so kann das Exekutionsverfahren natürlich solange, als nicht jene Verfügung in der höchsten Instanz bestätigt ist, nicht als beendigt betrachtet werden und daher auch nicht von einer Präklusion des Gläubigers die Rede seyn.

Hat der Gläubiger dem Schuldner Borgfrist ertheilt, so hat eben dadurch das Exekutionsverfahren sein Ende

---

[61] Vergl. Bazing, die Gesetze und Verordnungen über das Gantverfahren S. 86, Note 2.

[62] A. a. O. S. 136, lit. b.

erreicht und die Klage ist erledigt. Dieß ergibt sich aus Art. 3 des angeführten Gesetzes und dem in der Vollziehungsinstruktion vom 22. Dezember 1855 angeordneten Formular der Schuldklagprotokolle.[63] Aber damit ist die Frage noch nicht entschieden, ob die aus dem Schuldklagprotokoll ersichtlichen Forderungen nicht von Amtswegen berücksichtigt werden müssen. Soviel scheint gewiß zu seyn, daß eine Forderung nicht ausgeschlossen werden kann, für welche beim Beginne des Gantverfahrens die Borgfrist noch lauft, denn hier ist durch das Schuldklagprotokoll die Existenz der Forderung dargethan und es ist durch deren Einklagung bewiesen, daß der Gläubiger sie geltend machen wollte, er kann aber zu deren Verfolgung für jetzt nichts weiter thun, weil er den Vollzug der Hilfsvollstreckung vertagt hat. Andererseits wird, wenn der Gläubiger schon vor längerer Zeit eine unbeschränkte Borgfrist ertheilt, wenn er also z. B. erklärt hat, er wolle dem Schuldner noch länger borgen, er wolle seine Forderung noch stehen lassen, oder wenn der Gläubiger zwar eine begrenzte Borgfrist gewährt hat, diese aber längst abgelaufen ist, ohne daß der Gläubiger sich weiter gerührt hat, in allen diesen Fällen kaum bezweifelt werden können, daß die Forderung nicht mehr von Amtswegen zu berücksichtigen ist, weil aus jener Erklärung, beziehungsweise aus dem Schweigen des Gläubigers zu schließen ist, daß er seine Forderung wenigstens für jetzt nicht weiter verfolgen, daß er sich insbesondere mit derselben nicht in den Gant einlassen wolle. Allein in andern Fällen kann die Sache sehr zweifelhaft seyn und über eine Zeitdauer bezüglich des Schweigens des Klägers läßt sich ohnehin nichts mit Sicherheit sagen; es wird daher die von Fecht[64] aufgestellte Ansicht als die richtige zu

---

[63] Reg.=Bl. S. 315.
[64] A. a. O. S. 136, lit. c.

erkennen seyn, und in der Hauptsache Alles auf den einzelnen Fall ankommen.

6) Daß Forderungen, welche bei dem Oberamtsgerichte oder in höherer Instanz zur Zeit des Gantausbruchs noch im gerichtlichen Verfahren anhängig sind, nicht unter den Ausschlußbescheid fallen, ist mit Grund nicht zu bestreiten.[65] Zweifelhaft aber könnte es scheinen, ob es zulässig sey, unbedingt alle erledigten Prozesse als nicht von Amtswegen zu beachtende Gerichtsakten zu behandeln, wie dieß von Fecht[66] geschehen. Man setze z. B. den Fall, daß kurz vor dem Ausbruch des Gantes ein Urtheil gefällt wurde, welches unter Beifügung eines dies den Gantmann für schuldig erklärt, eine gewisse Summe zu entrichten, und der dies ist zur Zeit der Einleitung des Gantverfahrens noch gar nicht eingetreten, also die Forderung noch nicht verfallen. Aber auch in diesem Falle ist es gewiß richtiger, eine solche Forderung, wenn sie nicht angemeldet wird, unter den Präklusivbescheid zu stellen, zwar nicht aus dem häufig hiefür geltend gemachten Grunde, weil ja sonst das Gantgericht die halbe Registratur durchgehen müßte, — denn wenn die Verpflichtung bestünde, sich mit dem Inhalt erledigter Akten bekannt zu machen, so könnte die dem Gerichte hieraus erwachsende Mühe nicht in Betracht kommen, — wohl aber deßhalb, weil ein erledigter Prozeß aufgehört hat, für das Gericht zu existiren, solange er nicht in irgend einer Form, und sey es auch nur in der Exekutionsinstanz, wieder ins Leben gerufen wird. Denn die Thätigkeit des Civilrichters darf nicht weiter gehen, als sie angerufen ist; angerufen ist sie aber nur insoweit, daß das Gericht

---

[65] Vergl. Bolley, Entwürfe und Anträge Bd. 2, §. 1755 b. Bazing, die Gesetze und Verordnungen über das Gantwesen S. 86, Note 1.

[66] A. a. O. S. 136. Vergl. Dabelow, Konkurs (1792) Thl. 1, §. 69. Claproth, Konk.-Prozeß S. 124.

aussprechen solle, was unter den Parteien Rechtens sey. Nur hierauf ist das Verlangen des Klägers gerichtet, ist dieser Zweck erreicht, so hat sich der Richter von Amtswegen um nichts weiter zu kümmern, und Sache des Klägers ist es, seinen Anspruch in das von dem Prozeß ganz verschiedene Stadium der Hilfsvollstreckung zu bringen. Eben darum läßt sich auch aus dem Anhängigmachen einer Forderung bei Gericht noch nicht unbedingt schließen, daß der Kläger seinen Anspruch in Vollzug setzen, daß er dieß jetzt thun und daß er sich insbesondere in das Gantverfahren einlassen wolle; und eben deßhalb ist dieser Fall sehr wesentlich von dem beendigten Exekutionsverfahren verschieden, denn hier hat der Gläubiger durch die Anrufung der Exekutionsbehörde bewiesen, daß er seinen Anspruch in Vollzug gesetzt wissen wolle, und selbst aus der Bewilligung einer Borgfrist geht hervor, daß er dieses Verlangen nicht aufgegeben, sondern nur vertagt habe. Der dies oder das Nichtverfallenseyn kann hier so wenig einen andern Ausschlag geben, als dieß bei sonstigen in Raten fälligen Forderungen der Fall ist. Denn auch bei solchen Forderungen kann aus den Umständen hervorgehen, daß der Gläubiger sie für jetzt nicht weiter verfolgen wolle, und es begründet also das Vorhandenseyn einer Zeitbestimmung noch keinen nothwendigen Schluß auf die gegentheilige Absicht des Gläubigers.

Wie verhält es sich aber mit den Kriminalakten? Aus den Kriminalprozessen können in zweifacher Weise civilrechtliche Ansprüche hervorgehen, einmal in Betreff des Schadensersatzes und sodann hinsichtlich der Untersuchungskosten. Wenn der Beschädigte den Kriminalrichter um Zuerkennung des Schadensersatzes anruft, und dieser demzufolge die Verpflichtung hat, hierüber zu verhandeln und zu entscheiden,[67] so tritt hier offenbar ganz

[67] Vergl. Strafprozeßordnung Art. 86, 354. Schwurgerichtsgesetz Art. 174, 176, 180.

derselbe Fall ein, wie bei einem Civilprozeß. So lange die Sache noch nicht erledigt ist, hat das Gantgericht einen solchen Civilanspruch von Amtswegen zu beachten, selbst wenn die Größe desselben noch nicht ermittelt seyn sollte;[68] ist dieselbe aber erledigt, ehe der Gant ausbricht, so ist die Forderung von Amtswegen nicht weiter zu berücksichtigen. Ganz das Gleiche ist mit den Untersuchungskosten der Fall. Denn man kann nicht sagen, durch das verurtheilende Erkenntniß entstehe die Ersatzforderung für den Staat erst; sie wird vielmehr durch den in der Untersuchung wegen des Verdächtigen zu machenden Aufwand begründet und durch das Urtheil nur anerkannt. Die Ermittlung der Größe derselben wird freilich erst später durch das Untersuchungskostenverzeichniß geschehen können. Wäre beim Beginne des Konkurses eine Untersuchung zwar erledigt, aber das Kostenverzeichniß noch nicht gefertigt, so müßte, um die Forderung präkludiren zu können, die Finanzbehörde jedenfalls von der rechtlichen Existenz der Forderung zuvor in Kenntniß gesetzt werden, weil ihr sonst gar nicht möglich wäre, ihr Recht zu wahren. In einem solchen Falle wird freilich das Verfahren in praxi dadurch vereinfacht werden, daß das Gantgericht die Untersuchungskosten von Amtswegen in das Liquidationsprotokoll aufnimmt und die Frage über deren Größe später bereinigt.

Noch sind die Akten über ein früheres Gantverfahren zu erwähnen. Es wurde oben §. 1 a. E. schon angeführt, daß der Gerichtshof in Ellwangen eine allgemeine Praxis annehme, wonach die in einem früheren Gante durchgefallenen Forderungen bei einem neuen Gante von Amtswegen berücksichtigt werden. Hiefür läßt sich auch anführen, daß die in einem frühern Gante durchgefallenen Forderungen in den allermeisten Fällen solche sind, welche in der Zwischenzeit zwischen beiden Konkurs-

[68] Vergl. IV. Edikt, §. 179, Ziff. III. 2.

prozessen gar nicht geltend gemacht werden konnten, entweder weil der Gemeinschuldner mittellos war, oder weil ihn das beneficium competentiae schützte. Allein diese Rücksicht ist nicht durchgreifend. Von der angeführten Praxis ist dem Einsender, welcher in verschiedenen amtlichen Funktionen viele Oberamtsgerichte des Neckar-, des Jaxt- und des Donaukreises kennen zu lernen Gelegenheit gehabt hat, nichts bekannt, er kann vielmehr im Gegentheil versichern, daß er nicht ein einziges Bezirksgericht zu nennen wüßte, bei welchem grundsätzlich die in den frühern Ganten durchgefallenen Gläubiger bei einem neuen Konkurs von Amtswegen aufgenommen und verwiesen würden, auch wenn sie sich nicht mehr rühren, obwohl dieses Verfahren in einzelnen Fällen — sporadisch — vorkommen mag. Wenn jene Praxis aber auch bestünde, so wäre sie entschieden unrichtig. Denn einmal läßt sich, wie Fecht[69] mit Recht ausführt, nicht annehmen, daß jene ältern Gläubiger überhaupt ihre Forderungen wieder geltend machen wollen, sodann, und dieß ist die Hauptsache, ist mit der Vertheilung der Masse das Gantverfahren abgeschlossen, und was in demselben verhandelt worden, kann weiter hinaus keine von Amtswegen zu berücksichtigende Wirkung mehr äußern. Solche Akten sind daher gerade so zu behandeln, wie die Akten eines erledigten Civilprozesses.

7) Gegen den in dem Kollegialvortrag aufgestellten Satz, daß die Vermögensuntersuchung zu den Gerichtsakten im Sinne der Novelle zu rechnen, und daß demnach alle in derselben vorkommenden Forderungen von Amtswegen zu berücksichtigen seyen, (der Hr. Verfasser des Kollegialvortrags nennt übrigens nur die von dem Gemeinschuldner angegebenen) erheben sich mehrfache Bedenken. Indessen wird dieser Satz auch anerkannt von Bolley.[70]

---

[69] A. a. O. S. 137.

[70] Entw. u. Antr. Bd. 2, §. 1755 a. Vergl. dagegen §. 1781 a.

Der Zweck der Vermögensuntersuchung ist die gründliche Erhebung und vollständige Darstellung des gesammten Vermögens- und Schuldenstandes des Gemeinschuldners, so daß das Gericht in der Lage ist, auf diesen Akt hin zu beurtheilen, ob der Gant zu erkennen sey oder nicht.[71] Der Gemeinschuldner muß daher auch über sämmtliche gegen ihn vorliegende Ansprüche gehört werden, und nicht selten wird er selbst noch einige weitere Forderungen angeben, die vorher nicht bekannt waren. Demnach wird eine gründliche Vermögensuntersuchung in der Regel den ganzen Passivstand umfassen; wenn nun alle in derselben vorkommenden Forderungen von Amtswegen beachtet werden müßten, so wäre der Präklusivbescheid in den meisten Fällen rein illusorisch, und man käme durch jenen Satz in einen Widerspruch mit den bisher dargestellten Grundsätzen, sofern die Vermögensuntersuchung alle oder wenigstens sehr viele solche Ansprüche enthält, die aus andern, als Gerichtsakten im Sinne der Novelle erhoben worden sind. Und vollends nicht einzusehen ist, warum Gläubiger von denen man gar nichts weiß, als was die verdächtigen Angaben des Gemeinschuldners enthalten, Gläubiger, die erfahrungsgemäß von dem Gante gar nichts wollen, wie z. B. Handwerksleute mit kleinen Forderungen, besser daran seyn sollten, als solche, die man aus erledigten Prozeßakten, aus dem Schuldklagprotokoll, Güterbuch rc. kennt. Das Richtige ist hier gewiß, wenn man, den oben angeführten Zweck der Vermögensuntersuchung festhaltend, davon ausgeht, daß diese bloß den Aktiv- und Passivstand darstellen, aber nichts Neues schaffen, den Gläubigern nicht mehr Recht geben solle, als sie ohne dieselbe hatten. Demnach werden zwar in jeder Vermögensuntersuchung Forderungen vorkommen, die von Amtswegen zu berücksichtigen sind; aber sie sind vom

[71] Bolley, Betrachtungen S. 416, 33 Aufsätze S. 308 u. ff. Reinhardt, die Lehre vom Gant §. 94.

Präklusivbescheid nicht deßhalb ausgenommen, weil sie in der Vermögensuntersuchung stehen, sondern weil sie aus Gerichtsakten im Sinne der Novelle erhoben worden sind. Alle diejenigen Forderungen, bei denen Letzteres nicht der Fall ist, werden vom Ausschlußerkenntniß betroffen, mögen sie in der Vermögensuntersuchung enthalten seyn oder nicht.[72]

Daß die von den Gläubigern angemeldeten und in Folge dessen in die Vermögensuntersuchung aufgenommenen Forderungen nicht unter den Präklusivbescheid fallen, versteht sich von selbst, denn derlei Anmeldungen erscheinen als Liquidationsrezesse im Sinne des §. 166 des IV. Edikts vom 31. Dezember 1818; eine besondere Form für solche Rezesse ist nirgends vorgeschrieben.

8) Außer den bisher angeführten Büchern und Akten gibt es noch weitere, in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit fallende Urkunden, die in jedem Gante eine sehr erhebliche Rolle spielen. Dieß sind die Beibringensinventuren und Verlassenschaftstheilungen. Die größte Wichtigkeit haben dieselben in Beziehung auf die Ansprüche der Ehefrauen und Kinder der Gemeinschuldner. Hinsichtlich dieser beiden Arten von Gläubigern ist jeder Streit darüber, ob die genannten Dokumente zu den Gerichtsakten zu zählen seyen, unpraktisch, weil der §. 168 des IV. Edikts mit klaren Worten vorschreibt, daß die Ansprüche der Frauen und Kinder bei der Liquidation erörtert werden müssen (natürlich soferne nicht auf solche rechtsgiltig verzichtet wird). Kommen aber in jenen Urkunden noch andere Ansprüche vor, z. B. von Erbschaftsgläubigern, von den Eltern der Eheleute, so dürfen diese nach den bisher ausgeführten Grundsätzen nicht von Amtswegen berücksichtigt, sondern sie müßen unter den Ausschlußbescheid gestellt werden.

---

[72] Fecht, a. a. O. S. 134—135. Bazing, die Gesetze und Verordnungen über das Gantwesen S. 86—87, Note 3.

Endlich ist der Pflegschaftsakten zu erwähnen; deren Inhalt kann namentlich dann von Bedeutung werden, wenn der Gemeinschuldner als Pfleger sich einen Kassenrest hat zu Schulden kommen lassen. Derartige Ansprüche können nicht ausgeschlossen, sondern müssen von Amtswegen beachtet werden, weil die Pflegrechnungen den Zweck haben, das Vermögen, also insbesondere die gegenwärtigen Forderungen der Pfleglinge darzuthun, und weil die Vormundschaftsbehörden (Waisengerichte und Oberamtsgerichte — letztere als Aufsichtsbehörden) die amtliche Obliegenheit haben, das Interesse der Kuranden zu wahren. [73]

Wenn nun aber bei der Anwendung der in dem Kollegialvortrag aufgestellten Thesis auf die verschiedenen Arten von öffentlichen Büchern und Urkunden sich so vielerlei Bedenken und Anstände erheben, so ist hieraus wohl der Schluß zu ziehen, daß man mit dem Grundsatz der Gegenwärtigkeit nicht ausreicht. Und was ist denn unter gegenwärtigen Forderungen zu verstehen? Der Herr Verfasser des Vortrags begreift darunter nach §. 8 solche Ansprüche, bezüglich deren aus den Gerichtsbüchern hervorgehe, daß sie von den Gläubigern gegen den Kridar geltend gemacht oder sich zugeschrieben werden. Hier scheinen zwei Seiten, die sich bei jeder Forderung unterscheiden lassen, nicht gehörig auseinandergehalten zu seyn, nämlich das Daseyn oder Bestehen der Forderung und deren Realisirung, wodurch sie erst Fleisch und Bein bekommt. Würde unter gegenwärtiger Forderung eine solche verstanden, welche vom Gläubiger geltend gemacht, d. h. realisirt werden will, so würde der Kollegialvortrag so ziemlich mit der Sarwey'schen Ansicht zusammenfallen. Wenn aber alle diejenigen Ansprüche als gegenwärtige, d. h. als von Amtswegen zu berücksichtigende bezeichnet werden, deren bloße Existenz, sey

[73] Vergl. Landesordnung vom 11. November 1621, Titel 42.

diese nachgewiesen oder bloß behauptet, aus den Gerichtsakten hervorgeht, so führt dieß zu weit, weil viele Tausende von Forderungen vorhanden seyn können, ohne daß es in der Absicht ihrer Inhaber liegt, sie zu verfolgen. Richtiger ist es gewiß, wenn man, wie dieß im Wesentlichen Sarwey thut, fordert: es müsse aus den gerichtlichen Akten oder Urkunden hervorgehen, daß ein Anspruch zur Existenz gelangt sey oder wenigstens von dem Gläubiger sich zugeschrieben werde, ferner daß der Gläubiger auf irgend eine Weise zu erkennen gegeben habe, daß er die Forderung realisirt wissen wolle, und endlich, daß keine Umstände vorhanden seyen, welche für das Erloschenseyn der ersten oder zweiten Bedingung sprechen, d. h. daß keine Gründe vorliegen, welche zu der Annahme berechtigen, daß entweder die Forderung getilgt oder die Absicht ihrer Verwirklichung von dem Gläubiger wenigstens für jetzt aufgegeben sey. Allerdings fehlt es bei dieser Ansicht an einem bestimmten Prinzip, welches für alle Fälle den Ausschlag geben würde; allein ein solches Prinzip ist eben überhaupt nicht vorhanden, sondern ob die Bedingung der Präklusion vorliege oder nicht, diese Frage beantwortet sich nach den besonderen Umständen jedes einzelnen Falles, diese hat der Richter zu prüfen und zu würdigen und die Betheiligten werden dabei sicher besser fahren, als wenn alle sich ergebenden Fälle in die Zwangsjacke irgend eines Prinzips hineingesteckt werden wollten.

§. 10.

An diese Ausführung mag sich zum Schlusse noch folgender Fall anreihen, in welchem der mehrerwähnte §. 32 der Justiznovelle vom 15. September 1822 wenigstens theilweise zur Erörterung kam.

Von sieben Solidarschuldnern war der Schuldner A. in Gant gerathen, in welchem unter Vorlegung der Schuldurkunde dessen Schuldantheil liquidirt wurde; die Forderung fiel aber wegen Massemangels durch. Es wurde

nun der Regreß an die übrigen sechs Solidarschuldner genommen und von denselben auch theilweise Zahlung geleistet, als vor gänzlicher Berichtigung der Schuld ein zweiter Solidarschuldner B. in demselben Gerichtsbezirk in Gant gerieth. Bei der Schuldenliquidation im Gante des B., der auch für seinen Antheil keine Zahlung geleistet hatte, wurde neben seiner Quote unter Hinweisung auf die solidarische Haftbarkeit für die übrigen Mitschuldner der sechste Theil der im Gante des A. durchgefallenen Forderung liquidirt. Längere Zeit nachher und nachdem der Ausschlußbescheid in dem Gante des B. längst erlassen war, geriethen ebenfalls in demselben Gerichtsbezirke zwei weitere Solidarschuldner C. und D. in Gant und es zeigte sich in Folge erhobener Schuldklage, daß ein Theil der Erben eines längst vor dem Gante des A. verstorbenen Mitschuldners E. gleichfalls zahlungsunfähig war. Es wurde deßhalb an das Oberamtsgericht der Antrag gestellt, die bei den Mitschuldnern C. und D. und einem Theile der Erben des E. uneinbringliche Summe auf den Grund der solidarischen Haftung des Gläubigers B. in dem Gante dieses letztern zu verweisen. Es wurde sich hiebei auf die Vorschrift des §. 32 der Justiznovelle, daß die Ansprüche bekannter Gläubiger, welche aus den Gerichtsakten ersichtlich seyen, von Amtswegen berücksichtigt werden müssen, berufen und eventuell wurde Wiedereinsetzung in den vorigen Stand deßhalb beansprucht, weil sich die Insolvenz der anderen Mitschuldner C. und D. und eines Theils der Erben des E. erst nach der Liquidation in der Gantsache des B. herausgestellt habe, auch nach dem Anschlage des Liegenschaftsvermögens des B. in seinem Gante keine Hoffnung auf Befriedigung vorhanden gewesen sey, was sich in Folge des unerwartet günstigen Verkaufs desselben anders herausgestellt habe. Es war nemlich im Gante des B. bei der Liquidationstagfahrt ein Vergleich abgeschlossen worden, der sich aber später in Folge des Widerspruchs eines Gläubigers und

anderer Umstände wieder aufhob, worauf der Verkauf der Liegenschaft gerichtlich angeordnet wurde, welcher ein so glückliches Resultat ergab, daß die ganze Forderung wenn sie liquidirt worden wäre, zum Zug gekommen seyn würde.

Der Gerichtshof in Tübingen hat nun in Konformität mit dem Oberamtsgericht U. am 17. April bez. 15. Mai 1857 abweisend erkannt, und es lauten die Entscheidungsgründe des Gerichtshofs folgendermaßen:

Mit Recht hat der vorige Richter angenommen, daß die von der Apellantin über den Belauf der ursprünglich liquidirten Forderung erst 8 Monate nach der Schuldenliquidation erhobene Nachforderung von 190 fl. 28 kr. zu spät vorgetragen, nemlich durch den am 17. März bez. 13. Juni 1856 ergangenen Ausschlußbescheid betroffen worden sey. Es folgt dieß aus den nachstehenden Erwägungen:

1) Zunächst kann nicht bezweifelt werden, daß, nachdem die Appellantin an einer Forderung, für welche der Gemeinschuldner mit 5 Mitschuldnern solidarisch haftete, bei der Schuldenliquidation ausdrücklich nur $^1/_6$ in Anspruch genommen hat, die nachträgliche Erhöhung des Anspruchs keines Wegs bloß eine (nach §. 86, Schlußsatz des IV. Edikts erlaubte) Richtigstellung der anfänglichen Liquidation, sondern daß sie einen förmlich neuen, seither nicht liquidirten Anspruch enthält. Nun ist derselbe nicht bloß darum, weil eine seither nicht liquidirte Mehrforderung von 190 fl. und Zinsen nunmehr erst erhoben wird, sondern auch weil diese Nachforderung auf dem Fundamente der Solidarität, welche bei der ursprünglichen Liquidation nicht als Rechtsgrund aufgestellt sondern nur beiläufig erwähnt wurde, als einem neuen Klagegrund beruht, endlich weil bei der nachträglichen Liquidation die Einlassung und Vertheidigung der Mitgläubiger in Folge der zur Sprache kommenden Zahlungen der Mitschuldner und der Theilungseinrede eine

wesentliche wird.[74] Es handelt sich somit um eine vor dem Ausschlußbescheid nicht liquidirte neue Forderung.

2) Das rechtliche und thatsächliche Fundament derselben, nemlich die Verbindlichkeitserklärung des Gemeinschuldners für das Ganze, war nun allerdings dem Oberamtsgerichte, wenn nicht schon von früheren Veranlassungen, so jedenfalls durch die Schuldenliquidation vom 11. März 1856, bei welcher die Liquidantin der Solidareigenschaft des Gemeinschuldners erwähnte, aktenmäßig bekannt. Nicht aber war demselben bekannt die Konklusion hieraus, daß nunmehr die Konkursmasse das Ganze zu bezahlen habe. Im Gegentheil hat die Liquidantin damit, daß sie im Bewußtseyn der solidarischen Verpflichtung des Gemeinschuldners gleichwohl nur $^1/_6$ forderte, deutlich zu erkennen gegeben, daß sie den ganzen Umfang ihres Rechts nicht zur Geltung bringen wollte. Ebenhierin liegt aber der Grund, warum die Liquidantin nicht unter diejenigen bekannten Gläubiger zu rechnen ist, welche nach §. 32 der Justiznovelle vom 15. September 1822 von dem Ausschlußbescheide ausgenommen sind, warum sie vielmehr für präkludirt zu halten ist.

3) Denn mag man auch die Ansicht Scheurlen's[75] nicht unzweifelhaft finden, daß nach dem gedachten §. 32 nur solche aus den Gerichtsakten bekannte Forderungen dem Ausschlußbescheide nicht unterliegen, welche gegen den Gemeinschuldner gerichtlich klagbar gemacht worden seyen, so ist doch in Mitte der über den §. 32 entstandenen Streitfragen soviel allerseits unbestritten, daß in dieser Gesetzesvorschrift dem Richter nicht die Pflicht auferlegt werden wollte, einen Gläubiger von Amtswegen zu berücksichtigen und dessen Forderung zum Beweis zu verstellen, welcher selber nicht berücksichtigt seyn will.

Mit solcher Vermuthung wäre ein Fundamentalgesetz jedes civilrichterlichen Verfahrens untergraben, nämlich

[74] Bayer, Civilprozeß S. 549 ff.

[75] In Hofacker's Jahrbüchern S. 235 ff.

daß ohne Kläger kein Richter sey, während die Geschichte des Gesetzes zeigt, daß die Bestimmung nur solchen Gläubigern zu gut kommen sollte, welche ihre Rechte zur Anerkennung gebracht wissen wollen, aber im Vertrauen darauf, daß das Gericht ihren Anspruch bereits kenne und berücksichtigen werde, den Liquidationstermin versäumen. Es ließe sich auch nicht im Mindesten eine gesetzgeberische Rücksicht denken, welche den Richter anhalten sollte, die Gläubiger zur Geltendmachung von Forderungen, welche sie aus freien Stücken gegen die Masse nicht erheben wollen, besonders zu ermahnen oder gar dieselben ohne der Gläubiger Einwendung von Amtswegen zu lociren.[76]

4) Somit konnte das Verfahren, welches nach §. 32 der Novelle gegenüber von solchen Gläubigern, die, obwohl aus den Gerichtsakten bekannt, doch sich seither noch nicht erklärt haben, eingehalten werden solle, und wonach dieselben erst noch eine abermalige Aufforderung insbesondere zum Beweis ihrer Forderungen erhalten sollen, der von der Liquidantin absichtlich nicht liquidirten Forderung gegenüber keine Anwendung finden, woraus sich von selbst ergibt, daß dieselbe dießfalls von dem Ausschlußbescheide betroffen worden ist.

---

4) Kompetenz und Beweislast, wenn bei einem Ablösungsstreit die Frage bestritten ist, ob eine privatrechtliche Verbindlichkeit zu besonderen Leistungen ausschließlich auf Zehenten und Gefällen oder auch auf anderem Eigenthum ruhe?

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Nach Art. 14 des Gesetzes vom 14. April 1848 betreffend die Beseitigung der auf dem Grund und Boden

---

[76] Vergl. Sarwey, Monatschr. Bd. 1, S. 211. Scheurlen, a. a. O. S. 235—238.

ruhenden Lasten, wodurch die aus dem Lehen- und Grundherrlichkeitsverband entspringenden bäuerlichen Lasten, unter Aufhebung dieses Verbandes selbst, für ablösbar erklärt worden sind, sollen, wenn auf den zur Ablösung kommenden Gefällen besondere Lasten ruhen, die bei Erfüllung dieser Verbindlichkeiten betheiligten Personen oder Körperschaften durch verhältnißmäßige Zuscheidung von Ablösungskapitalien entschädigt werden. Deßgleichen bestimmt der Art. 27 des Gesetzes vom 17. Juni 1849, betr. die Ablösung der Zehenten, daß für privatrechtliche Verbindlichkeiten zu besonderen Leistungen, welche auf dem Zehentbezug haften — wohin insbesondere Kompetenzen von Geistlichen, Lehrern und Meßnern, Baulichkeiten von Pfarrkirchen, Kapellen, von Pfarr-, Schul- und Meßnerhäusern, auch für Friedhöfe, sonstige Kirchen- und Schulrequisiten und die Faselviehhaltung gerechnet werden — eine Abfindung aus dem Ablösungskapital geschöpft werden solle. Diese Abfindung der Lastenberechtigten soll jedoch nach Art. 41 des Zehentablösungsgesetzes nur dann stattfinden, wenn eine Verbindlichkeit auf dem Zehenten allein lastet, — und dasselbe wird gelten müssen, wenn die Verbindlichkeit ausschließlich auf Zehenten und Gefällen haftet, da die auf Gefällen haftenden Lasten schon durch das Gesetz vom 14. April 1848 für ablösbar erklärt sind [1] — während die Abfindung der zugleich auf

[1] Ueber die, im Streitfalle der Kognition der Ablösungsbehörde anheimfallende Frage, ob eine Last, welche zugleich auf Zehenten und auf Lehens- oder grundherrlichen Gefällen haftet, ablösbar ist, herrscht im Hinblick auf den Art. 41 des Zehentablösungsgesetzes Streit. Es ist diese Frage jedoch zu bejahen, wie auch der K. Geheimerath auf den Grund des Gesetzes vom 14. April 1848 für die Ablösbarkeit sich ausgesprochen hat, und wie ebenso der Art. 2 des Entwurfs des Komplexlastengesetzes vom 1. Okt. 1861 und der Art. 1 des Entwurfs v. 31. Juli 1861 durch die Bestimmung bestätigt, daß Leistungen, welche auf Zehenten und Gefällen zugleich haften, nicht unter das neue Komplexlastengesetz fallen, sondern nach den bestehenden Ablösungsgesetzen zu behandeln seyn sollen, eine Bestimmung, welche

anderem Eigenthum ruhenden Leistungen, der sogenannten Komplexlasten, einem späteren, bis jetzt nicht zu Stand gekommenen, Gesetze vorbehalten geblieben ist. Um die Abfindung einer Verbindlichkeit zu Leistungen der fraglichen Art beanspruchen zu können, muß daher feststehen, daß sie auf Zehenten und Gefällen allein geruht hat, und nicht zugleich auch auf anderem Eigenthum haftet, oder an den Besitz von weiterem Eigenthum geknüpft ist. Nun ist aber die nach Maßgabe der genannten Ablösungsgesetze den Lastenberechtigten auszuwerfende Abfindung bekanntlich durchaus ungenügend und dem wirklichen Werth ihrer bisherigen Berechtigung nicht entsprechend, was zur natürlichen Folge hat, daß die Lastenberechtigten gegen die Abfindung sich sträuben und zu diesem Zwecke die fraglichen Lasten wo möglich als Komplexlasten darzustellen suchen, während umgekehrt die Lastenverpflichteten, welche für ihre Zehenten und Gefälle mit unzureichenden Ablösungskapitalien sich begnügen mußten, nun auch ihrerseits der Vortheile der Ablösungsgesetze durch die Abfindung der ihnen obliegenden Lasten zu Theil zu werden suchen, und daher die Verhaftung weiteren Eigenthums außer ihren abgelösten Zehenten und Gefällen in Abrede ziehen. So kommt es, daß viele Streitigkeiten lediglich darüber entstehen, ob eine Last auf den Zehenten und Gefällen des Lastenverpflichteten allein oder zugleich auch oder ausschließlich auf anderem Eigenthum desselben hafte.

A. Kompetenz bei solchen Streitigkeiten.

Entsteht ein solcher Streit, so ist derselbe von den ordentlichen Civilgerichten zu entscheiden. Denn nach all-

---

nach den Motiven und den Aeußerungen des Departementschefs bei der Berathung des erstgedachten Entwurfs in der Kammer der Abgeordneten gerade dazu dienen sollte, die kontroverse Frage, ob der Art. 41 des Zehentablösungsgesetzes der Ablösbarkeit einer Leistung, die nicht auf Zehenten allein, sondern auf Zehnten und Grundgefällen hafte, entgegenstehe, verneinend zu entscheiden.

gemeinen Grundsätzen gehört derselbe, sofern es sich dabei lediglich um den Umfang und die rechtliche Natur einer privatrechtlichen Verbindlichkeit handelt, dem privatrechtlichen Gebiete an; und durch die Bestimmungen der Ablösungsgesetze (Art. 17 des Gesetzes vom 14. August 1848, Art. 55 und 66—68 des Zehentablösungsgesetzes vom 17. Juni 1849 und Art. 11, 12 des Gesetzes B vom 24. August 1849) sind nur solche Streitigkeiten, die über deren Auslegung und Anwendung entstehen, der Ablösungskommission zur Entscheidung zugewiesen worden, während Streitigkeiten über das Recht auf eine gewisse Leistung und über den Umfang desselben den ordentlichen Gerichten vorbehalten geblieben sind. In den Motiven und Instruktionen zu den Ablösungsgesetzen ist hierüber bemerkt, es solle die Ablösungskommission zu einer richterlichen Instanz bestellt seyn für Streitigkeiten über die Vollziehung, Auslegung und Anwendung der Ablösungsgesetze, für Streitigkeiten über das Vorhandenseyn der Bedingungen der Ablösbarkeit einer Abgabe oder der darauf ruhenden Lasten. Der gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung aber sollen vorbehalten bleiben Streitigkeiten über das Recht auf den Bezug einer Abgabe oder einer Leistung, möge nun das Recht überhaupt oder nur der Umfang desselben bestritten seyn, Streitigkeiten über das Bestehen einer angesprochenen Berechtigung oder über deren Umfang oder über die Person des Berechtigten. [2] Zu den Streitigkeiten der letzteren Art gehört die Frage, in welchem Umfange das Vermögen des Lastenverpflichteten verhaftet, an welche Vermögenstheile die Verbindlichkeit zu den fraglichen Leistungen geknüpft ist und dem entsprechend ist im §. 46 der Hauptinstruktion zu dem Zehentablösungsgesetz vom 22. März 1850 ausdrücklich als der Entscheidung des ordentlichen Civilrichters

---

[2] Vergl. Schwarz, Grundlastenablösungsgesetz S. 23, 65, 240. Derselbe, Zehentablösungsgesetz S. 307—309, 364. Derselbe, neueste Ablösungsgesetze S. 98.

zufallend erklärt, wenn darüber Streit ist, ob eine Last auf dem Zehenten allein oder zugleich auf anderem Eigenthum ruhe. Das Obertribunal hat daher auch in einer Reihe von Fällen [3] stets die Kompetenz des ordentlichen Civilrichters anerkannt, wenn darüber Streit war, ob eine Last allein auf Zehenten und Gefällen, oder zugleich oder ausschließlich auf anderem Eigenthum des Verpflichteten hafte. Seiner Entscheidung unterliegt aber lediglich diese Vorfrage an und für sich und abgesehen von ihren Folgen für die Ablösung oder Fortdauer der fraglichen Last. Denn für diese Folgen sind die Bestimmungen der Ablösungsgesetze maßgebend, deren Anwendung und Auslegung der Ablösungskommission zugewiesen ist. Letztere hat daher, wenn nach Feststellung des Umfangs, in welchem das Eigenthum des Verpflichteten für verhaftet zu erkennen ist, über die Folgen dieser Entscheidung für die Frage von der Ablösung noch Streit herrscht, diese zu bestimmen. Die Kompetenz des Richters erstreckt sich nur auf den Präjudizialpunkt, das Ziehen der Konsequenzen daraus, soweit solche durch die Ablösungsgesetze bestimmt werden, also die Entscheidung darüber, ob die von den Gerichten ihrem Bestand und Umfange nach festgestellte Last nach dieser Feststellung von den Ablösungsgesetzen betroffen wird und somit abzulösen ist oder nicht, fällt im Falle eines Streits hierüber der

---

[3] Entsch. des Obertribunals vom 29. Okt. 1851 in S. Qu. c. J.; vom 7. Febr. 1855 in S. v. P. c. St.; vom 31. Okt. / 22. Nov. 1856 in S. S. B. c. G.; vom 15./17. Juli 1857 in S. B. c. J.; vom 21. Juli 1857 in S. M. c. R.'sche Gläub.; vom 16. April 1858 in S. L. c. B.; vom 23. Febr. 1859 in S. v. E. c. D.; vom 5. März 1859 in S. v. B. c. J.; vom 11. März 1859 in S. Hosp. St. c. R.; vom 20. Mai 1859 in S. Hosp. E. c. W.; vom 18. April 1860 in S. Hosp. T. c. K.; vom 19. April 1860 in S. Hosp. T. c. W.; vom 19. April 1860 in S. Hosp. T. c. D.; vom 8. Januar 1862 (in Pleno) in S. Oe. W. c. B.; vom 14. Febr. 1862 in S. des Hosp. H. c. Pfarrei B.; vom 21. Febr. 1862 in S. v. P. c. Gemeinde St.

Ablösungskommission anheim. Demgemäß hat auch das Obertribunal in der am 21. Juli 1857 entschiedenen At. S. des Pfarrers M. c. die N.schen Gläubiger ausgesprochen, daß die Gerichte zwar zur Entscheidung über die in erster Linie bestrittene Frage, auf welchen Vermögenstheilen die Pfarrbesoldung in Frage hafte, zuständig seyen, die eventuell bestrittene Frage dagegen, ob die Besoldungslast, wenn sie als auf Zehenten und Gefällen ruhend erkannt würde, nach den Bestimmungen der Ablösungsgesetze ablösbar sey, der Ablösungskommission zur Entscheidung zufalle, da es sich hiebei lediglich darum handle, ob und in welcher Weise die Ablösungsgesetze rücksichtlich der auf Zehenten und Gefällen zugleich ruhenden Besoldungslast zur Anwendung und Vollziehung kommen können, ob die Bedingungen der Ablösbarkeit für die Pfarrbesoldung vorhanden, beziehungsweise in welcher Weise die Bestimmungen des Art. 41 des Zehentablösungsgesetzes auszulegen und anzuwenden seyen, Fragen deren Beantwortung die Ablösungsgesetze der Ablösungskommission zugewiesen haben. — Ebenso hat das Obertribunal am 11. März 1859 in S. des Hospitals St. c. die Pfarrei N. ausgesprochen, daß, wenn nach Feststellung der für eine Last verhafteten Vermögenstheile durch den ordentlichen Civilrichter die Fortentrichtung der fraglichen Leistung aus einem auf die Ablösungsgesetze gestützten Grunde bestritten werde, hierüber die Ablösungskommission zu entscheiden habe, und dasselbe wurde bei der Entscheidung vom 18. April 1860 in S. des Hospitals T. c. die Pfarrei K. anerkannt. —

An den ordentlichen Richter kann daher im Falle eines Streits über die Ablösbarkeit einer Leistung nur die Vorfrage zur Entscheidung gebracht werden, ob und auf welchen Vermögenstheilen des Verpflichteten die fragliche Verbindlichkeit ruht, und der Lastenberechtigte kann von dem Civilrichter nur eine Entscheidung darüber verlangen, daß der Pflichtige die Last als auf einem gewis-

sen, zu bezeichnenden Vermögenskomplex nicht blos auf Zehenten und Gefällen haftend, anzuerkennen habe,[4] der Lastenverpflichtete, daß die fragliche Last auf seinen Zehenten und Gefällen allein und auf keinem sonstigen Eigenthum hafte, der Besitz von Zehnten und Gefällen somit den einzigen Grund seiner Verbindlichkeit bilde.[5] Ist hierüber entschieden, und es besteht noch ein Streit, ob die Last unter die Ablösungsgesetze falle, und nach Maßgabe derselben im bejahenden Falle abzulösen, verneinenden Falls fortzuentrichten ist, so geht dieser weitere Streit an die hiefür zuständige Ablösungskommission, und es hat der Richter dieser die Entscheidung zu überlassen, ob die den Ablösungsgesetzen entnommene Einwendung gegen die Fortentrichtung einer Leistung für begründet zu erkennen oder zu verwerfen ist. Durch die Ablösungsgesetze ist die Entscheidung, ob eine Leistung von den Ablösungsgesetzen betroffen wird, und daher abzulösen, oder ob sie nicht unter dieselben fällt, und demzufolge nicht ablösbar also fortzureichen ist, der Ablösungskommission zugewiesen, sie ist daher die zur Entscheidung des Hauptstreits zuständige Behörde; dem ordentlichen Richter ist nur die für die Hauptentscheidung der Ablösungskommission präjudizielle Frage, ob die fragliche Leistung überhaupt besteht und in welchem Umfange, im Streitfalle zur Entscheidung vorbehalten, und nur hierüber kann dieser entscheiden. Nicht konsequent war es daher, daß das Obertribunal in der schon oben erwähnten, am 21. Juli 1857 entschiedenen At.S. des Pfarrers M. c. die R.'sche Gantmasse, obgleich dasselbe aussprach, daß die fragliche Besoldungslast nur auf Zehenten und Gefällen und auf keinem weiteren Eigenthum ruhe, und die unter den

---

[4] In dieser Weise wurde in der von dem Obertribunal am 5. März 1859 entschiedenen At. S. v. B. c. J. geklagt.

[5] So war das **Petitum** in der von dem Obertribunal am 20. Mai 1859 entschiedenen At.=S. des Hosp. E. c. die Pfarrei W. gestellt.

Parteien weiter bestrittene Frage, ob diese Besoldungslast als eine auf Zehenten und Gefällen zugleich ruhende Leistung nach den Bestimmungen der Ablösungsgesetze ablösbar seye, nicht dem Civilrichter, sondern der Ablösungsbehörde zustehe, dennoch die Beklagten verurtheilte, die Besoldung fortzureichen, insolange sie nicht von dieser Behörde eine andere Verfügung auswirke. Es wurde diese Verurtheilung darauf gegründet, daß die Frage von der Pfarrbesoldungsverbindlichkeit an sich der Kompetenz des Civilrichters anheimfalle und diese Verbindlichkeit erwiesen seye, die Weigerung der Beklagten aber, dieser Verbindlichkeit nachzukommen, insolange nicht gerechtfertigt erscheine, als sie nicht eine entsprechende Entscheidung der Ablösungsbehörde über ihre Einwendung, daß ihre Verbindlichkeit der Ablösung unterworfen sey, erwirkt habe. Allein nachdem einmal gegen die Verbindlichkeit zur Fortentrichtung der Besoldung eine Einwendung erhoben worden war, so mußte diese zuvor verworfen seyn, ehe der Beklagte zur Fortentrichtung verurtheilt werden konnte, und da jene Verwerfung durch den ordentlichen Civilrichter nicht erfolgen konnte, vielmehr die Entscheidung über fragliche Einwendung der Kompetenz der Ablösungskommission unterlag, so hätte der Civilrichter auf den Ausspruch darüber, auf welchem Vermögen die Last ruhe, sich beschränken, und die Entscheidung über die bestrittene Ablösbarkeit der so festgestellten Last an die zuständige Ablösungskommission verweisen sollen, durch welche Entscheidung dann die hiedurch bedingte Frage der Verbindlichkeit zur Fortreichung der Besoldung von selbst ihre Erledigung gefunden haben würde. Der Richter kann nicht sagen, ich bin zwar nicht kompetent, über deine Einwendung gegen die Klage zu entscheiden, aber eben weil ich inkompetent bin, mußt du zahlen, bis von dem kompetenten Richter etwas Anderes verfügt wird, vielmehr hat er, eben weil er für den streitigen Punkt nicht zuständig ist, jeder Verfügung hierüber

sich zu enthalten, und solche der zuständigen Behörde anheim zu geben.

Allerdings ist ein auf die Entscheidung der Frage von dem Umfange der Belastung des Vermögens des Lastenverpflichteten beschränkter Ausspruch des ordentlichen Civilrichters ohne Ziehung der Konsequenzen daraus für sich nicht vollstreckbar, es ist durch denselben nicht über den ganzen Streit entschieden; allein der Grund hievon liegt eben in den Kompetenzbestimmungen der Ablösungsgesetze, welche dem Civilrichter nur die Vorfrage, auf welchen Vermögenstheilen des Lastenverpflichteten eine Leistung ruht, also nur einen Präjudizialstreit zur Entscheidung zugewiesen, die Entscheidung darüber aber, ob eine Last je nach Entscheidung jener Vorfrage ablösbar ist oder nicht, der Ablösungskommission vorbehalten haben. Dieß scheint bei der Entscheidung des Obertribunals vom 18. April 1860 in S. des Hosp. T. c. K. nicht gehörig beachtet worden zu seyn, wenn dort für die Befugniß des ordentlichen Civilrichters, die Verurtheilung zur Fortentrichtung einer Leistung auch bei einem Streit über die Ablösbarkeit auszusprechen, geltend gemacht wird, daß die klagende Partei einen vollstreckbaren Urtheilsspruch verlangen könne. Der richtige Grund, warum in dem genannten Falle die Verbindlichkeit zur Fortentrichtung der Leistung im Urtheil ausgesprochen werden konnte, war vielmehr der, daß die Last durch das Erkenntniß des Obertribunals als eine Komplexlast erkannt wurde, für diesen Fall aber eine Einwendung gegen die Verbindlichkeit zur Fortleistung gar nicht erhoben worden war. Denn wenn gegen die Verbindlichkeit zur Fortentrichtung einer Leistung, falls sie nicht ausschließlich auf Zehnten und Gefällen haftet, keine oder doch keine der Entscheidung der Ablösungsbehörden unterliegende Einwendung vorgebracht ist, so steht nichts im Wege, im Falle des Ausspruchs, daß die Last auch auf anderem Eigenthum hafte, jene Konsequenz dieses Ausspruchs in den Tenor des richterlichen Urtheils mit auf-

zunehmen, da in diesem Falle keine Streitfrage vorliegt, welche zur Kompetenz der Ablösungsbehörden gehören würde. In diesem Sinne hat auch das Obertribunal in mehrfachen Entscheidungen die Verbindlichkeit zur Fortentrichtung von, seinem Ausspruche zufolge, nicht auf Zehenten und Gefällen allein haftenden Leistungen im Erkenntnisse ausgesprochen, [6] und dieß ausdrücklich damit begründet, daß die Fortreichung nur aus dem einzigen Grunde, weil die Verbindlichkeit eine Zehentlast, bestritten worden sey, nach Verwerfung dieser Unterstellung daher die Verbindlichkeit zur Fortleistung als nicht weiter bestritten erscheine. [7]

Wird die Fortreichung einer Leistung aus Gründen bestritten, welche mit den Ablösungsgesetzen nichts zu thun haben, z. B. wegen eines in Mitte liegenden Vertrags oder Verzichts, so versteht es sich von selbst, daß zur Entscheidung hierüber nur die ordentlichen Gerichte zuständig seyn können. Ebenso ist deren Zuständigkeit begründet, wenn, nachdem durch Anerkenntniß oder Urtheil festgestellt ist, daß die Verbindlichkeit zu gewissen privatrechtlichen Leistungen nicht unter die Ablösungsgesetze fällt, Ersatz wegen der, aus dem Grund ihrer angeblichen Ablösbarkeit verweigerten Leistungen für die Vergangenheit gefordert wird, da in diesem Falle keine Frage vorliegt, welche aus den Ablösungsgesetzen zu entscheiden wäre.

Anders verhält sich die Sache, wenn eine solche Ersatzklage erhoben wird, ehe die Frage von der Ablösbarkeit festgestellt worden. Zur Entscheidung über die

---

[6] Entsch. des Obertribunals vom 29. Okt. 1851 in S. Qu. c. J.; v. 7. Febr. 1855 in S. v. P. c. St.; vom 31. Okt./22. Nov. 1856 in S. S. B. c. G.; v. 15./17. Juli 1857 in S. v. B. c. Pfarrei J.; v. 23. Febr. 1859 in S. v. E. c. D.; v. 11. März 1859 in S. Hosp. St. c. R.; v. 18. April 1860 in S. des Hosp. T. c. Pfarrei K.; v. 21. Febr. 1862 in S. v. P. c. Gemeinde St.

[7] Vergl. insbes. die Entsch. v. 15./17. Juli 1857 in S. v. B. c. J. und v. 21. Febr. 1862 in S. v. P. c. Gemeinde St.

angestellte Ersatzklage an sich ist auch in diesem Falle nur der Civilrichter zuständig, soferne es sich um eine Entschädigung für verweigerte privatrechtliche Leistungen, also um einen an sich rein privatrechtlichen Anspruch handelt. Wenn aber dieser Ersatzklage entgegen gehalten wird, daß die Verbindlichkeit zu den verweigerten Leistungen unter die Ablösungsgesetze falle und hierüber Streit entsteht, so geht dieser Streit, insoweit dabei die Anwendung und Auslegung der Ablösungsgesetze in Frage kommt, an die Ablösungsbehörden, und muß von diesen entschieden werden, ehe über die Ersatzklage von dem Civilrichter entschieden werden kann. In dem vor die Ablösungskommission zu bringenden Streit über die Ablösbarkeit kann dann aber wieder die für die Ablösbarkeitsfrage maßgebende weitere Frage, auf welchem Eigenthum des Verpflichteten die fragliche Last ruhe, bestritten werden. Zur Entscheidung dieser Frage ist, wie gezeigt, der Civilrichter zuständig und es müßten daher die Parteien wieder an diesen verwiesen werden, um zunächst über die für die Ablösbarkeit präjudizielle Frage, welche Vermögensobjekte des Verpflichteten als belastet zu betrachten, eine Entscheidung herbeizuführen. Erst wenn dieß durch gerichtliches Erkenntniß festgestellt worden, würde dann die Ablösungskommission zu entscheiden haben, ob auf die so festgestellte Last die Ablösungsgesetze Anwendung finden, falls hierüber nach Feststellung der belasteten Objekte noch Streit bestünde, was ganz wohl denkbar ist, und erst nach dieser Entscheidung der Ablösungsbehörden könnte dann die Ersatzklage vor dem Civilrichter verhandelt und entschieden werden. In der Regel wird sich jedoch die Sache einfacher gestalten, soferne der Streit über die Ablösbarkeit sich darauf, ob die fragliche Verbindlichkeit auf Zehenten und Gefällen allein oder auch auf anderem Eigenthum haftet, reduziren, und für den ersteren Fall die Ablösbarkeit, für den letzteren Fall die Nichtablösbarkeit unbestritten seyn wird, unter welcher Voraussetzung der

ganze Streit der Kompetenz des ordentlichen Civilrichters anheimfällt. In Uebereinstimmung hiemit hat das Obertribunal in der am 8. Januar 1862 entschiedenen Rt.S. der St.-Herrschaft Oe.-W. c. B., in welcher es sich um den Ersatz des Werths von Besoldungsfrüchten handelte, deren Verabreichung aus dem Grunde, weil die Verbindlichkeit hiezu unter die Ablösungsgesetze falle, verweigert worden war, ausgesprochen, daß zur Entscheidung über die angestellte Ersatzklage der Civilrichter zuständig seye, soferne es sich um eine Entschädigung für verweigerte privatrechtliche Leistungen, also um einen an sich rein privatrechtlichen Anspruch handle. Nun ist zwar, sagen die Motive, dieser Klage entgegengehalten worden, daß die Verbindlichkeit zu den fraglichen Leistungen unter die Ablösungsgesetze falle, und nach Maßgabe derselben abzulösen seye, und soweit es sich bei einem Streit hierüber um die Auslegung und Anwendung der Ablösungsgesetze handelt, ist der ordentliche Civilrichter nicht zuständig, indem die Ablösungsgesetze Streitigkeiten über deren Auslegung und Anwendung der Ablösungskommission zur Entscheidung zugewiesen haben. Im gegebenen Falle herrscht jedoch darüber kein Streit, daß, wenn die Verbindlichkeit zur Verabreichung der fraglichen Besoldungsfrüchte auf den Zehenten und Gefällen der Beklagten allein gehaftet, diese der Ablösung unterliegen, sowie daß im andern Falle, wenn die Verbindlichkeit als auch auf weiterem Eigenthum ruhend, anzunehmen wäre, dieselbe nicht unter die Ablösungsgesetze fallen würde. Es liegt somit kein Streit über die Auslegung der Ablösungsgesetze und deren Anwendung auf die fragliche Verbindlichkeit vor, was allein die Zuständigkeit der Ablösungsbehörden begründen könnte.

B. Beweislast.

Wird ein Streit darüber an die Gerichte gebracht, ob eine Verbindlichkeit der vorgedachten Art auf Zehenten

oder Zehenten und Gefällen allein oder auch auf anderem Eigenthum hafte, so entsteht die in der Praxis sehr bestrittene Frage, wem die Beweislast obliege, ob dem Lastenverpflichteten, welcher nur die von ihm besessenen Zehenten und Gefälle als mit fraglicher Verbindlichkeit belastet zugesteht, für diese Beschränkung der Last, oder dem Lastenberechtigten, welcher auch das weitere Vermögen des Verpflichteten als verhaftet beansprucht, für diesen weitern Umfang der Belastung. Wäre die Frage stets so, wie hier, gestellt worden und wie sie in der That gestellt werden muß, so würden vielleicht nicht so viele Zweifel bezüglich der Beweislast entstanden seyn. Denn daß derjenige, welcher die Belastung einer fremden Sache mit einer Verbindlichkeit behauptet, diese Belastung der Sache zu beweisen hat, wird wohl als eine feststehende Beweisregel allseitig anerkannt werden. Allein der richtige Gesichtspunkt bei unserer Beweislastfrage ist dadurch verrückt worden, daß man sich nicht an die — wie oben gezeigt — den ordentlichen Gerichten zur Entscheidung allein zugewiesene Streitfrage von dem Umfang der Belastung des Vermögens des Lastenverpflichteten gehalten, sondern die Frage der Ablösbarkeit der Last hereingezogen und daher die Frage so gestellt hat, ob der Lastenberechtigte die durch die Ablösungsgesetze aufgestellten thatsächlichen Voraussetzungen für die Nichtablösbarkeit, also für das Fortbestehen der Leistungsverbindlichkeit, oder der Lastenverpflichtete die Voraussetzungen für die Ablösbarkeit und damit für das Aufhören der Verbindlichkeit zur Fortleistung zu erweisen habe. Schon der Hinblick auf die Kompetenzvertheilung zwischen der Ablösungskommission und den ordentlichen Gerichten, wie solche oben dargelegt worden, hätte auf die Unrichtigkeit dieser Fragestellung aufmerksam machen können, da ja hienach die Frage der Ablösbarkeit nicht vor die ordentlichen Gerichte, sondern vor die Ablösungskommission gehört, und jenen bei einem Streit der fraglichen Art nur die Frage, auf welchem

Eigenthum des Verpflichteten die fragliche Verbindlichkeit ruht, zur Entscheidung zugewiesen, und die Frage der Ablösbarkeit nur der zufällige äußere Anlaß für die Erhebung des an den Civilrichter zu bringenden Streits, nicht aber Gegenstand desselben ist. Will man die Beweislastfrage entscheiden, so muß man vor Allem darüber im Klaren seyn, was es für eine Klage ist, welche als angestellt betrachtet werden muß, um beurtheilen zu können, was zur thatsächlichen Begründung der Klage, zum prozessualischen Klagegrund, gehört. Nur wenn dieß feststeht, läßt sich die Beweislast mit Sicherheit ausscheiden. Nun wird aber nach den Grundsätzen, wie sie von dem Obertribunal seit lange festgehalten werden, darüber ein gegründeter Zweifel wohl kaum bestehen können, um welche Klage es sich bei einem Streit der fraglichen Art handelt und allein handeln kann. Die Anrufung des ordentlichen Civilrichters kann nach dem bereits Ausgeführten nur zu dem Zwecke erfolgen, um eine Entscheidung darüber, welche Vermögenstheile des Verpflichteten als belastet zu betrachten sind, herbeizuführen. Demgemäß wird, je nachdem der Lastenberechtigte oder der Lastenverpflichtete klagt, die Klage dahin gehen müssen, im ersteren Fall, daß die Last nicht bloß auf Zehenten und Gefällen, sondern auch auf anderem Eigenthum des Verpflichteten, im letztern Fall, daß sie nur auf Zehenten und Gefällen und keinem weiteren Eigenthum ruhe. Wird die Klage so gestellt, wie sie eigentlich steis gestellt werden sollte, so kündigt sich dieselbe ebendamit als das an, was sie ist, d. h. als eine dingliche Klage, und zwar je nachdem sie von dem Lastenberechtigten oder Verpflichteten angestellt wird, als actio confessoria oder negatoria. Denn der erstere will einen Ausspruch, daß weiteres Eigenthum des Verpflichteten, als dieser zugibt, als belastet anerkannt werde, der letztere, daß sein weiteres Eigenthum außer Zehenten und Gefällen als frei von der fraglichen Last zu erkennen sey.

Zwar ist es eine bestrittene Frage, welche Natur die auf Zehenten oder anderem Eigenthum haftenden Lasten der fraglichen Art, und insbesondere die vorzugsweise hieher gehörige kirchliche Bau- und Besoldungslast haben, indem diese Lasten nicht immer als dingliche oder als Reallasten anerkannt werden, sondern von Manchen nur als persönliche Verbindlichkeiten betrachtet werden wollen.[8] Allein wenn gleich auch Lasten der fraglichen Art ohne eine dingliche Beziehung, somit als rein persönliche Verbindlichkeiten denkbar sind, so wird eine rein persönliche Verpflichtung zu Tragung der kirchlichen Bau- und Besoldungslast, weil ihr, wo nicht eine moralische Person die Verbindlichkeit übernommen, die nöthige Fortdauer und die erforderliche Sicherheit mangeln würde, mindestens sehr selten vorkommen, wie denn auch dem Verfasser dieses Aufsatzes aus seiner Erfahrung nur ein einziger und zudem sehr zweifelhafter Fall bekannt ist, in welchem das Obertribunal die vertragsmäßige Konstituirung einer

---

[8] So betrachtet z. B. Andreas Müller in s. Lexikon des Kirchenrechts v. Baulast S. 131 die Baupflicht des Besitzers von kirchlichem Zehenten als eine dem Zehentrecht anklebende Reallast, während Dalwigk, prakt. Erört. auserlesener Rechtsfälle S. 236, 251. diese Ansicht bestreitet, ohne jedoch selbst eine eigene Ansicht aufzustellen, und auch Gründler, über die Verb. zum Beitrag der Kosten zur Erhaltung und Wiederherstellung der Kultusgebäude S. 46, 47 solche in Zweifel zieht; G. L. Böhmer in s. auserles. Rechtsfällen Bd. 1, Abth. 2, Numm. 87, S. 701 aber sich bestimmt dahin ausspricht, daß die Verbindlichkeit des Besitzers von kirchlichem Zehenten zu Tragung der kirchlichen Baulast keine auf dem Zehenten ruhende dingliche Last ausmache, sondern als eine gesetzliche Pflicht der Inhaber von kirchlichen Zehenten anzusehen sey, welche so lange auf ihrer Kraft bestehe, als die Zehenten zu dem kirchlichen Vermögen gehören. Huck, in der Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. 8, S. 326 ist dagegen der Ansicht, daß es lediglich eine That- und Beweisfrage sey, ob die kirchliche Baulast als persönliche oder dingliche, insbesondere als Reallast betrachtet werden müsse, daß in der Regel jedoch die Baulast die Natur einer Reallast angenommen habe. Vergl. auch Hummel, die Verb. der Zehentbesitzer §. 6, 7, 8.

rein persönlichen Kirchenbaupflicht angenommen hat.[9] Jedenfalls kann von einer rein persönlichen Verbindlichkeit da keine Rede seyn, wo die Verbindlichkeit an den Besitz gewisser Vermögenstheile oder Komplexe geknüpft ist, und nur Fälle dieser Art kommen bei unserer Frage in Betracht, welche die Beziehung der Verbindlichkeit auf Vermögen des Verpflichteten voraussetzt, und nur den kleineren oder größeren Umfang der Belastung des Vermögens, ob nämlich die Verbindlichkeit nur auf Zehenten und Gefällen des Verpflichteten allein, oder auch auf anderem Eigenthum desselben ruht, zum Gegenstand hat.[10] Für solche Fälle hat das Obertribunal, wenn dasselbe auch die in früheren Entscheidungen angenommene dingliche Natur der fraglichen Lasten in späteren Entscheidungen dahin gestellt gelassen hat,[11] daran stets fest-

[9] Entsch. v. 23./30. Okt. 1834 in S. M. c. M.; es führte diese Entscheidung zu vielen Verwicklungen und Anständen.

[10] Anders stellte sich die Frage bei der am 14. Febr. 1862 entschiedenen At. S. H. c. B., indem hier Seitens der bekl. lastenberechtigten Pfarrstelle geltend gemacht wurde, daß die in Frage stehende Pfarrbesoldungspflicht gar keine dingliche Beziehung habe, sondern eine rein persönliche Verbindlichkeit des besoldungspflichtigen Spitals seye, während von diesem behauptet wurde, daß die Besoldungslast ausschließlich auf ihrem zu B. besessenen Zehenten geruht habe. Die Beweislast blieb jedoch hier unentschieden, da der Beweis vollständig geführt war, daß die Verbindlichkeit stets mit dem Besitz des Zehenten verbunden gewesen.

[11] In mehreren älteren Fällen wurde die dem Besitzer von Zehenten und anderem Eigenthum obliegende kirchliche Bau- und Besoldungspflicht ausdrücklich für eine auf dem fraglichen Vermögen ruhende dingliche Last erklärt, so den 13. Febr. 1829 in S. S.-R.-D. c. kath. Kirchenrath, d. 1. Okt. 1830 in S. B. c. B., den 25. Jan. 1838 in S. Oe.-W. c. R., während in anderen Fällen sich damit begnügt wurde, die kirchliche Bau- und Besoldungslast als eine auf dem betreffenden Vermögen haftende, demselben anklebende oder anhängende und mit demselben auf Dritte übergehende Last zu bezeichnen, wie z. B. d. 20. Juli 1838 in S. v. E. c. H., d. 26. Okt. 1839 in S. St.-F.-B. c. N., d. 18. Febr. 1840 in S. N. c. St.-F.-B., d. 23. April 1850 in S. J. c. H.-L., d. 8. Juni 1850 in S. B. c.

gehalten, daß die dem Besitzer von Zehenten oder anderem Eigenthum als solchem obliegende Verbindlichkeit zur Tragung von Kirchen-, Pfarr- und Schulhausbaukosten, sowie von Besoldungen von Pfarrern und Schullehrern, weil sie dem Verpflichteten nur aus dem Grunde des Besitzes des fraglichen Vermögens obliege, ebendamit an dieses Vermögen insoferne gebunden seye, als lediglich die Thatsache seines Besitzes die Person des Verpflichteten und die Größe des Vermögens den Umfang seiner Verbindlichkeit bestimme, mit dem Aufhören des Besitzes als dem einzigen Grunde der Verbindlichkeit daher diese nothwendig von selbst hinwegfalle und ebenso als Anhang des fraglichen Vermögens mit solchem von selbst auf jeden neuen Besitzer übergehe. Hiemit hat das Obertribunal, wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten, so doch der Sache nach die auf Zehenten und anderem Eigenthum ruhenden Verbindlichkeiten der fraglichen Art für Reallasten erklärt; denn eine Verbindlichkeit zu gewissen wiederkehrenden Leistungen, welche dem jedesmaligen Besitzer von Grundvermögen oder diesem gleichgeachteten Rechten obliegt, und bezüglich deren somit das verpflichtete Subjekt lediglich durch die Thatsache jenes Besitzes bestimmt

---

E., v. 17. Januar 1852 in S. St.-F.-V. c. Sp., v. 22. Dez. 1854 in S. M. c. St.-F.-V., v. 20. Mai 1857 in S. B. c. St.-F.-V. — Bei den Entsch. des Obertribunals v. 7./25. Febr. 1851 in S. E. c. St.-F.-V. und v. 14. Febr. 1862 in S. H. c. V. wurde sich dahin ausgesprochen, daß, wenn man auch die durch den Erwerb von kirchlichem Vermögen begründete Verbindlichkeit zu Tragung kirchl. Baukosten u. s. w. nicht als eine auf dem Kirchenvermögen haftende dingliche Last betrachten wolle, jene Verbindlichkeit dem Verpflichteten doch jedenfalls nur aus dem Grunde des Besitzes von diesem Vermögen obliege, und an dieses Vermögen daher insoferne gebunden seye, als lediglich die Thatsache seines Besitzes die Person des Verpflichteten bestimme, die Verbindlichkeit des letzteren somit nur so lange dauern könne, als er im Besitze des betreffenden Vermögens sich befinde, und mit diesem auch die ihm anhängende Verbindlichkeit auf jeden neuen Erwerber von selbst übergehe.

wird, ist nichts anderes, als eine Reallast. Nun sind freilich die Ansichten über die rechtliche Natur der Reallasten bekanntlich sehr verschieden, indem sie die einen zu den dinglichen, die anderen zu den persönlichen Rechten, und wieder andere zu beiden zugleich zählen, [12] und in Folge dessen gehen auch die Ansichten darüber, welche Klagen, ob dingliche oder nur eine persönliche oder beide zusammen hier statt finden, auseinander. Die Praxis hat jedoch mit Rücksicht auf die unläugbare dingliche Beziehung der Reallasten die Anwendbarkeit dinglicher Klagen stets anerkannt, und demgemäß dem Lastenberechtigten zum Schutze seines Rechts die actio confessoria, dem Lastenverpflichteten, welcher die Freiheit einer Verbindung seines Vermögens von einer Reallast behauptet, eine actio negatoria utilis gegeben. [13] Am wenigsten kann dieß bei Lasten der fraglichen Art einem Anstande unterliegen, wenn man, wie von dem Obertribunal stets geschehen, davon ausgeht, daß die Verbindlichkeit zu Tragung der kirchlichen Bau- und Besoldungslast, wenn sie in dem Besitz von Zehenten oder anderem Eigenthum ihren Grund hat, sich der Regel nach nicht weiter erstreckt, als der Ertrag des belasteten Vermögens dazu reicht. [14] Hienach

---

[12] Die verschiedenen Ansichten aufzuzählen und zu besprechen ist hier nicht der Ort; vergl. hierüber Duncker, die Lehre von den Reallasten (1827) §§. 3 ff. Friedlieb, die Rechtstheorie der Reallasten (1860) S. 120 ff. Gerber, deutsches Priv.-Recht 3. Aufl., §. 168, Note 1. Hillebrand, deutsches Priv.-Recht §. 146, Note 6.

[13] Vergl. Hillebrand, a. a. O. §. 149, Ziff. II. und Note 14. Friedlieb, a. a. O. S. 224 ff., 314 ff., 322 ff. Mittermaier, deutsches Priv.-Recht Bd. 1, §. 173, Note 17. Von denjenigen, welche die Reallasten als reine Forderungsrechte betrachten, wird die Anwendbarkeit der confessorischen und negatorischen Klage freilich geläugnet, so insbesondere von Gerber, a. a. O. §. 170.

[14] In dieser Weise wurde sich ausgesprochen in den Entsch. des Obertribunals v. 22. Okt./14. Nov. 1839 in S. R. c. Qu.-J., v. 3. Juni 1848 in S. H.-B. c. M., v. 7. Juni 1850 in S. E. c. M., v. 12. Juni 1852 in S. H.-Oe. c. J., v. 13. August 1852 in S.

wird nicht nur die Person des Verpflichteten durch den Besitz des Vermögens, an welches die Bau- und Besoldungslast gebunden ist, bestimmt, sondern es wird auch der Umfang der Verbindlichkeit selbst durch die Größe dieses Vermögens begränzt, und es hat letzteres für jene ausschließlich zu haften. In dieser Verhaftung des betreffenden Vermögens liegt aber offenbar eine dingliche Radicirung der Verbindlichkeit auf demselben, welche die Anwendbarkeit der confessorischen und negatorischen Klage genügend begründet.[15]

Hievon ausgegangen bietet die Vertheilung der Beweislast für den Fall eines Streits darüber, ob eine Last der fraglichen Art ausschließlich nur mit dem Besitze von Zehenten und Gefällen verbunden seye, oder ob sie zugleich auf weiterem Eigenthum ruhe, keine großen Schwierigkeiten mehr dar. Denn wird von dem Lastenberechtigten die Verknüpfung einer Verbindlichkeit mit weiterem Eigenthum des Verpflichteten außer Zehenten und Gefällen geltend gemacht, so bildet diese Behauptung, wenn jener als Kläger auftritt, den Grund seiner Klage und ist demzufolge von ihm thatsächlich gehörig zu begründen und erforderlichen Falls zu erweisen. Klagt dagegen der Lastenverpflichtete, daß sein weiteres Eigenthum außer Zehenten und Gefällen als frei von einer Verbindung mit der fraglichen Last anerkannt werde, so bildet den Grund seiner Klage lediglich das Eigenthum, und Sache des Beklagten ist es, wenn er die Belastung dieses Eigenthums mit der privatrechtlichen Verbindung zu gewissen Leistungen behauptet, diese rechtsbeschränkende Thatsache zu begründen und zu erweisen. Wer somit auch als Kläger auftreten möge, der Lastenberechtigte oder der Lastenverpflichtete,

---

R. c. H.-K. und L. c. H.-K., v. 4. Febr. 1857 in S. H.-K. c. H., v. 20. Mai 1857 in S. B. c. St.-F.-B. Vergl. meine Ausführung in diesem Archiv Bd. 2, S. 54 ff.

[15] Seuffert, Archiv Bd. 5, Nro. 55.

stets ist es der erstere, welchem zu beweisen obliegt, daß weiteres Vermögen des letzteren belastet ist, als von diesem zugegeben werden will, wie dieß auch durch die Bestimmung des Art. 13 des Gesetzes vom 24. August 1849 anerkannt ist.

Nun liegt zwar allerdings dieses Verhältniß nicht immer so klar vor, indem von dem Lastenberechtigten, wenn dieser als Kläger auftritt, die Klage häufig nicht ausdrücklich auf die Anerkennung der Belastung von weiterem Eigenthum des Verpflichteten, als Zehenten und Gefällen gerichtet, sondern geradezu auf Fortreichung der bisherigen Leistungen geklagt wird, ohne die Frage, welches Vermögen des Verpflichteten als mit der fraglichen Verbindlichkeit verknüpft von ihm angesprochen werden will, in dem Klagevortrag zu berühren. Allein an der Natur der Klage wird hiedurch nichts geändert; die Klage ist, ob sie ausdrücklich darauf, daß das Eigenthum des Beklagten als mit der fraglichen Verbindlichkeit belastet, anerkannt werde, gerichtet, oder nur die als ein Ausfluß dieser Verbindlichkeit sich darstellende Leistung eingeklagt wird, eine confessorische Klage, und zu ihrer Begründung gehört in dem einen wie in dem andern Fall die Behauptung, daß und auf welchen Vermögensobjekten des Beklagten die fragliche Verbindlichkeit hafte. Denn das dem Anspruch unterliegende Rechtsverhältniß bildet den Klagegrund, aus welchem jener nur ein Ausfluß ist und dessen Anerkennung daher die nothwendige Voraussetzung für seine Durchsetzung bildet. Wird die Fortentrichtung einer Leistung aus dem Grund verweigert, weil solche als auf Zehnten und Gefällen haftend der Ablösung unterliege und es klagt der Lastenberechtigte in Folge dieser Weigerung auf die Fortreichung der Leistung, so liegt in dieser Klage von selbst die Behauptung, daß die Voraussetzungen für die Ablösbarkeit der fraglichen Verbindlichkeit nicht vorliegen, da sonst die Fortleistung nicht verlangt werden könnte. Zu diesen Voraussetzungen

der Nichtablösbarkeit gehört aber, daß die Verbindlichkeit nicht blos auf Zehenten und Gefällen, sondern auch auf anderem Eigenthum ruhe. Indem der Lastenberechtigte auf Verurtheilung des Verpflichteten zur Fortentrichtung der Leistung klagt, verlangt er daher ebendamit einen Ausspruch, daß die Last nicht blos auf Zehenten und Gefällen, sondern auch auf weiterem Eigenthum des Beklagten hafte. Zur Begründung der Klage gehört daher auch bei der auf Fortleistung gerichteten Klage die Bezeichnung des Eigenthums, welches als mit der fraglichen Verbindlichkeit belastet angesprochen werden will, und zur Durchführung der Klage der Beweis dieser Belastung als der das angesprochene Recht erzeugenden Thatsache.

Hiegegen ist zwar eingewendet worden, daß es zur Klagbegründung genügen müsse, wenn nur die bisherige Verabreichung der angesprochenen Leistung behauptet werde, und es daher auch nur des Beweises dieser seitherigen Leistung zur Durchführung des Anspruchs bedürfe. Wenn der Verpflichtete behaupte, daß er durch die Ablösungsgesetze von der bis dahin bestandenen Verbindlichkeit zur Fortleistung frei geworden sey und der Berechtigte mit der Ablösungssumme sich begnügen müsse, so seye dieß eine Einrede, welche der Verpflichtete durch die Behauptung, daß die Verbindlichkeit nur auf seinen Zehenten und Gefällen geruht, als der Voraussetzung für die Ablösbarkeit, zu substantiiren, und mit dieser Voraussetzung zu beweisen habe. Vor Erlassung der Ablösungsgesetze hätte der Lastenberechtigte nicht nöthig gehabt, seinen Anspruch auf eine bisher verabreichte Leistung näher zu begründen, man hätte ihm nicht zumuthen können, darzuthun, ob die Leistung eine blos obligatorische Verpflichtung oder ob und auf welchen Realitäten sie hafte. Erst durch die Ablösungsgesetze, welche die Ablösung von der ausschließlichen Belastung von Zehenten und Gefällen abhängig machen, und nur für die Ablösung seye jene Frage erheblich geworden. Wer diese beanspruche, müsse

daher auch jene von dem Gesetz aufgestellte Bedingung der Ablösung beweisen. Nicht der Berechtigte wolle für die Verbindlichkeit des Verpflichteten eine bestimmte rechtliche Natur ausgesprochen haben, für ihn seye es gleichgiltig, auf welchen Objekten die Verbindlichkeit hafte; sein Verlangen sey lediglich auf die Fortsetzung der bisherigen Leistungen gerichtet. Nur das auf die Ablösung der bis dahin bestandenen Last gerichtete Verlangen des Verpflichteten führe auf die Ermittlung der belasteten Objekte, nur der Verpflichtete sey es, welcher aus der Radizirung der Last auf bestimmten Objekten eine Einrede ableite, ihm müsse daher folglich auch obliegen, diese Radizirung als den thatsächlichen Grund seiner Einrede zu erweisen.

Allein diese Gründe für die gegentheilige Ansicht können nicht als stichhaltig erkannt werden. Unrichtig ist es gleich von vorneherein, wenn ganz allgemein gesagt wird, daß es zu Begründung einer Klage auf Fortsetzung von bisher verabreichten Leistungen nur der Berufung auf diese Leistungen bedürfe, und der Kläger nicht einmal zu sagen brauche, ob er eine obligatorische Verbindlichkeit oder ein dingliches Recht in Anspruch nehme. Letzterem stehe schon entgegen, daß bei einer Klage vor Allem gewiß seyn muß, was der Kläger will und worauf sein Anspruch gerichtet ist, da nur in diesem Fall der Richter beurtheilen kann, was für eine Klage als angestellt zu betrachten und was zu deren Begründung und ebendamit zum Obsieg des Klägers erforderlich ist. Die Klage darf daher nicht ungewiß lassen, ob eine Leistung als eine persönliche oder dingliche, ob sie insbesondere als eine Reallast angesprochen werden will, da, je nach dem das eine oder andere der Fall ist, die Klage eine andere ist und zu ihrer Begründung andere Thatsachen erforderlich sind. Ein Recht kann nicht in abstracto und abgesehen von dem unterliegenden Rechtsverhältniß in Anspruch genommen werden; vielmehr sind Gegenstand der Rechts-

verfolgung nur konkrete Rechte, und welches Recht der Kläger beansprucht, hat er des Näheren zu bezeichnen, und wie und warum es ihm zustehe, thatsächlich zu begründen. Es genügt nicht, zu sagen, daß ein Recht überhaupt bestehe, sondern es ist Sache des Klägers, näher darzulegen, was es für ein Recht ist, welches er anspricht, und durch welche Thatsachen dieses Recht erzeugt worden seyn soll. Daß der Kläger seinen Anspruch mit ausdrücklichen Worten als einen persönlichen oder dinglichen bezeichne, wird allerdings häufig nicht erforderlich seyn, da die Begründung der Klage regelmäßig einen Zweifel hierüber nicht übrig lassen wird. Allein gewiß muß stets seyn, was für eine Klage, ob eine persönliche oder eine dingliche angestellt, ob nur ein persönlicher Anspruch oder ein dingliches Recht zur Geltung gebracht werden will, da ohne diese Gewißheit die Klage eine dunkle und der Richter über sie zu verhandeln und zu entscheiden nicht in der Lage wäre. Bei einer Klage der fraglichen Art kann übrigens die Natur der Klage als einer dinglichen, auch wenn der Lastenberechtigte nur auf Fortsetzung der bisherigen Leistung klagt, nach dem bereits Ausgeführten gar nicht Gegenstand des Zweifels und die Frage nur die seyn, ob es genügt, wenn der Lastenberechtigte zu Begründung seines Anspruchs auf Fortentrichtung der bisherigen Leistungen lediglich auf die Thatsache der bisherigen Leistung sich beruft. Dieß ist aber zu verneinen. Denn die Leistung wird von dem Lastenberechtigten als eine dem Vermögen des Beklagten anhängende Last in Anspruch genommen; zu Begründung der Klage gehört daher, dem oben Ausgeführten zufolge, die Behauptung, daß die Leistung auf Vermögensobjekten des Beklagten und auf welchen hafte, und diese Verhaftung hat er daher auch, wenn und soweit es beklagter Seits bestritten wird, zu erweisen. Die seitherige Leistung ist, wenn es sich nicht um das Bestehen der Verbindlichkeit überhaupt, sondern darum handelt, auf wel-

chen Vermögensobjekten die Verbindlichkeit ruhe, ganz unerheblich, und kann daher zu Begründung einer Klage nicht dienen, welche, wenn sie auch nur auf Fortentrichtung der bisherigen Leistung ausdrücklich gerichtet ist, doch einen Ausspruch dahin, daß die fragliche Last nicht blos auf Zehenten und Gefällen, sondern auch auf weiterem Eigenthum des Beklagten hafte, als die Voraussetzung für die Durchsetzung des erhobenen Anspruchs auf Fortleistung bezwecken muß.

Wenn sodann weiter Gewicht darauf gelegt wird, daß lediglich durch die Ablösungsgesetze die Frage, auf welchen Realitäten die Verbindlichkeiten der fraglichen Art haften, Bedeutung erlangt habe, so ist dieß, abgesehen davon, daß der Anlaß einer Klage für die Frage von der Beweislast ohne Bedeutung ist, nicht einmal so unbedingt richtig. In sehr vielen Fällen war es allerdings vor den Ablösungsgesetzen für beide Theile ziemlich gleichgiltig, auf welchen einzelnen Objekten die Verbindlichkeit zu Leistungen der fraglichen Art ruhte, und der Streit drehte sich in der Regel nur darum, ob eine auf Vermögensbesitz des Verpflichteten radizirte Last überhaupt bestehe. Daher kam es, daß in den wenigeren Fällen eine Bezeichnung der einzelnen belasteten Objekte Seitens des Berechtigten erforderlich wurde. Allein auch vor den Ablösungsgesetzen konnte es für den Berechtigten nothwendig werden, seine Klage auf Fortleistung durch die Bezeichnung der einzelnen belasteten Objekte zu begründen und diese Belastung zu erweisen. Man setze z. B. den Fall, daß eine im Besitz des großen Zehenten eines Pfarrsprengels befindliche Gutsherrschaft bisher die Pfarrhausbaulast getragen habe. Nun verkauft sie den Zehenten und verweigert die ferneren Leistungen für den Pfarrhausbau, indem sie geltend macht, daß die Last auf dem verkauften Zehenten ruhe, und das in ihrem Besitz zurückgebliebene Vermögen nicht belastet sey. Hier hätte die berechtigte Pfarrei auch vor den Ablösungsgesetzen zu

Begründung der konfessorischen Klage gegen die Gutsherrschaft die Belastung des in deren Besitz gebliebenen Vermögens behaupten und diese Behauptung der Verneinung der Beklagten gegenüber erweisen müssen, ohne daß sie die Berufung auf die bisherigen Leistungen dieses Beweises hätte entheben können. Oder man setze den Fall, es sey das Besitzthum der genannten Gutsherrschaft, welche bis dahin die Pfarrhausbaulast getragen, in verschiedene Hände gekommen. Wer wird daran zweifeln, daß die Pfarrei, um einen einzelnen Besitzer auf Fortleistung in Anspruch nehmen zu können, zu Begründung der Klage hätte behaupten und im Verneinungsfall beweisen müssen, daß auf den in den Besitz des Beklagten gekommenen Objekten die Last hafte.

Die Behauptung des Verpflichteten, daß er durch die Ablösungsgesetze von der Verpflichtung zur Fortreichung der bisherigen Leistungen frei geworden und die Verbindlichkeit nach jenen Gesetzen abzulösen sey, ist allerdings eine Einrede. Allein es ist dieses eine aus den Ablösungsgesetzen zu beantwortende, den von dem Civilrichter zu entscheidenden Streit gar nicht berührende Einrede. Die Frage, ob eine Last von den Ablösungsgesetzen betroffen wird, oder nicht, ob sie nach Maßgabe derselben fortzureichen oder abzulösen sey, gehört nicht vor das Forum des ordentlichen Civilrichters, vielmehr hat hierüber die Ablösungsbehörde zu entscheiden. In dem Streit vor dem ordentlichen Richter kann es sich, wenn die Verbindlichkeit an sich nach Bestand und Umfang sonst nicht bestritten ist, nur darum handeln, auf welchem Eigenthum des Verpflichteten die fragliche Last ruht, in welchem Umfang das Vermögen des Verpflichteten verhaftet ist. Dieß zu behaupten ist aber, wie gezeigt, Sache des Lastenberechtigten, es gehört, wenn dieser eine Leistung als Ausfluß einer auf Vermögensobjekten des Lastenverpflichteten ruhenden Verbindlichkeit beansprucht, zur Begründung seiner Klage, den Umfang des in Anspruch

genommenen Rechts zu behaupten und die als belastet angesprochenen Objekte zu bezeichnen, und wenn der Verpflichtete bezüglich eines Theils seines als belastet angesprochenen Vermögens diese Belastung verneint, so ist dieß eine verneinende Einlassung und keine Einrede. Auf diese verneinende Einlassung wird zwar von dem Verpflichteten die im Streitfalle vor die Ablösungsbehörden gehörige Einrede gegründet, daß die fragliche Last unter die Ablösungsgesetze falle und daher zur Ablösung zu bringen seye. Allein dadurch, daß auf die Verneinung eines Theils des Klagegrunds eine Einrede gebaut wird, wird jene verneinende Einlassung nicht selbst zur Einrede. Eine unrichtige Auffassung ist es daher, wenn man die Ueberwälzung der Beweislast bezüglich des Umfangs der Belastung auf den Lastenverpflichteten damit zu begründen gesucht hat, daß ihm obliege, seine Einrede, daß er durch die Ablösungsgesetze von der bisher bestandenen Last frei geworden, thatsächlich zu begründen und zu beweisen. In dem von den Gerichten zu entscheidenden Streit handelt es sich überall nicht davon, ob und in wie weit der Verpflichtete von seiner bis dahin bestandenen Verbindlichkeit durch die Ablösungsgesetze frei geworden, sondern von der hievon ganz verschiedenen Frage, in welchem Umfang die Verbindlichkeit bisher bestanden, auf welchen Objekten die Last bisher geruht habe, und wenn hier der Lastenberechtigte die Belastung von weiteren Objekten behauptet, als der Verpflichtete zugibt, so hat jener diese Behauptung als einen Theil seines Klagegrunds zu erweisen.

Noch hat man für die gegentheilige Ansicht den Nothbehelf einer Präsumtion zu Hilfe genommen, indem geltend gemacht wurde, daß in dem Falle, wo eine Last von dem Verpflichteten inzwischen aus seinem Vermögen getragen worden, im Zweifel anzunehmen sey, daß sie auf dem ganzen Vermögen des Verpflichteten hafte, woraus sich ergebe, daß wenn der Verpflichtete die Beschrän-

kung der Last auf gewisse Vermögenstheile behaupte, der Beweis hiefür ihm obliege. Allein eine Verkehrung der Beweislast findet nur im Falle einer durch die Gesetze festgesetzten Rechtsvermuthung statt; eine Rechtsvermuthung der vorgedachten Art kennen aber die Gesetze nicht, und eine bloß faktische Vermuthung ist ohne Einfluß auf die Beweislast. Es ist zwar geltend gemacht worden, daß, wenn die Präsumtion nicht angenommen würde, ein Lastenverpflichteter möglicher Weise nach einander für alle einzelnen Theile seines Vermögenskomplexes negatorisch auf Freiheit klagen und obsiegen könnte, obgleich er das Bestehen der Verbindlichkeit zugestehen müßte. Allein ein solcher Erfolg könnte, sobald der Lastenverpflichtete das Bestehen der Verbindlichkeit und deren Radizirung auf in seinem Besitz befindlichen Vermögensobjekten überhaupt zugibt, nicht eintreten. Denn wenn der Verpflichtete zugeben muß, daß die fragliche Verbindlichkeit auf seinem Vermögen hafte, so kann er in Folge dieses Zugeständnisses nicht für alle Theile seines Vermögens auf Freiheit von der Last klagen, da einer solchen Klage sein Zugeständniß entgegenstünde, wonach jedenfalls ein Theil seines Vermögens als belastet von ihm anerkannt ist. Diesen Theil seines Vermögens müßte der Verpflichtete, um mit der negatorischen Klage bezüglich anderer Theile durchbringen zu können, nothwendig bezeichnen, da, wenn er dieß nicht im Stande wäre, wohl angenommen werden müßte, daß die Last auf dem ganzen Vermögen hafte, und von einem Obsieg mit einer negatorischen Klage keine Rede seyn könnte.

Endlich ist auch noch versucht worden, für die Ansicht, daß der Lastenberechtigte beweispflichtig sey, wenn er die Belastung seines Vermögens nur bezüglich eines Theils desselben zugebe, bezüglich anderer Theile aber bestreite, die Bestimmung des Landrechts Th. II. Tit. 25 §. 4 geltend zu machen, wonach, wenn die Bekenntniß nicht pure, sondern mit einem weitern Zusatz oder An-

hang geschieht, solcher Anhang von dem Antworter zu erweisen seyn solle. Allein diese Bestimmung paßt nicht hieher. Denn unter Zusatz oder Anhang kann nicht ein bloßes Abläugnen einer zur Begründung der Klage gehörigen rechtserzeugenden Thatsache, sondern nur die selbstständige Behauptung von rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsachen (Einreden im weiteren Sinn) verstanden seyn. Die Frage aber, ob im einzelnen Falle die einem Geständniß beigefügte Beschränkung als ein bloßes Abläugnen des Klagegrunds oder als eine selbstständige Behauptung zu betrachten ist, kann nur nach allgemeinen Grundsätzen beantwortet werden,[16] und nach diesen gehört, wie gezeigt, die Behauptung, daß und welche Vermögensobjekte als belastet angesprochen werden, zur Begründung der Klage.

Hienach glaube ich dargethan zu haben, daß bei einem Streit darüber, ob eine Last auf Zehenten und Gefällen allein oder auch auf anderem Eigenthum ruht, nicht dem Lastenverpflichteten die Beweislast für die Beschränkung der Last auf Zehenten und Gefälle, sondern dem Lastenberechtigten die Beweispflicht für die Belastung weiteren Vermögens obliegt, und es ist auch das Obertribunal nach vorangegangener Berathung in voller Versammlung dieser Ansicht beigetreten, und hat solche bei der Entscheidung vom 8. Januar 1862 in der Rt. S. zwischen der St. Herrschaft Oe. W. und der Pfarrei B. zur Anwendung gebracht.[17]

---

[16] Seuffert, Archiv Bd. 5, Nro. 239. Entsch. des O.-Trib. in Pleno v. 9. März 1852 in S. B. c. W., v. 21. Mai 1853 in S. H. c. G.

[17] In den von dem Obertribunal früher entschiedenen Fällen war die Beweislastfrage zwar stets auch zum Gegenstand der Erörterung gemacht, die Entscheidung derselben aber bis zum Jahr 1859 immer umgangen worden. Erst bei der Entscheidung vom 20. Mai 1859 in S. des Hospitals zu E. c. die Pfarrstelle zu W. sprach sich das Obertribunal über die Frage erstmals bestimmt aus, jedoch nicht im

5) Ueber die Zuständigkeit der württembergischen Gerichte bei einem Streit zwischen Ausländern in Arrestsachen.

(Von Herrn Gerichtsaktuar Gmelin in Tübingen.)

Das K. Obertribunal hat schon in mehreren Fällen ausgesprochen, daß auch Ausländer gegen Ausländer bei den württembergischen Gerichten Arrest impetriren können, wenn die mit Arrest zu belegenden Vermögenstheile des Impetraten in dem Bezirk des angerufenen württembergischen Gerichts sich befinden.[1] Da diese Praxis mit der Bestimmung des Landrechts, Thl. I. Tit. 79 §. 2, auf welcher unser Arrestverfahren beruht, nicht wohl zu vereinigen ist, so dürfte die Mittheilung eines Spezialfalls gerechtfertigt seyn, worin die Folgen der Thesis des Obertribunals für beide Theile, wenigstens für den Impetraten im höchsten Grade drückend geworden sind.

Einklange mit der oben vertheidigten Ansicht, indem hier vielmehr angenommen wurde, daß der lastenverpflichtete Spital die von ihm behauptete Zehentlastennatur der fraglichen Pfarrbesoldungslast, also die Freiheit seines übrigen Eigenthums außer Zehenten von der Last zu beweisen habe. Schon bei der Entscheidung v. 15. April 1860 in S. des Hospitals zu T. c. die Pfarreien K., W. und D. wurde jedoch die Frage wegen ihrer Zweifelhaftigkeit aufs Neue umgangen, und schließlich in der oben angeführten Sache vor das Plenum des Civil-Senats gebracht und von diesem nach Maßgabe der in vorstehender Ausführung entwickelten Ansicht entschieden.

[1] Seuffert, Archiv Bd. 13, Nro. 282 (d. E.) — Die Praxis des Obertribunals und die damit übereinstimmende Praxis eines Gerichtshofs wird auch bezeugt in Sarwey's Monatschrift Bd. 3, S. 121 und Bd. 13, S. 66 ff. Auch findet sich in der deutschen Gerichtszeitung Jahrg. 1862, Nro. 33 und 34 eine Entscheidung des Oberamtsgerichts Reutlingen von 1861, in welcher die Thesis des Obertribunals zur Anwendung gebracht und auf Klage eines Nicht-Württembergers Arrest auf die in dem Bezirk des gedachten Gerichts lagernden Waaren eines Nicht-Württembergers angelegt worden ist.

(K.)

Die Wilhelmine W. aus N., k. württ. Oberamts B., wanderte im Jahr 1846 mit ihren Eltern nach Nordamerika aus und verehelichte sich dort im Jahr 1853 mit dem gleichfalls dahin ausgewanderten Tobias A. von P., k. württ. Oberamts T. In dieser Ehe wurde ein Kind erzeugt. Zur Zeit seiner Abreise nach Nordamerika im Jahr 1848 hatte der damals noch minderjährige Tobias A. ein in P. pflegschaftlich verwaltetes Vermögen von etwa 4000 fl. besessen; der größere Theil desselben war, nachdem Tobias A. ausgewandert und volljährig geworden, von ihm erhoben worden, der Betrag von 1619 fl. 23 kr. aber in P. in pflegschaftlicher Verwaltung geblieben, da der Aufenthalt des A. von der Pflegschaftsbehörde nicht ausgemittelt werden konnte.

Im Dezember 1856 trat nun die Ehefrau des Tobias A., unter dem Vorbringen, ihr Ehemann habe Weib und Kind heimlich verlassen, Pferde und Wagen veräußert, auch Gelder, die ihm von seiner Heimath zugeschickt worden, eingezogen und habe seit Einem Jahr nichts mehr von sich hören lassen, bei dem württembergischen Oberamtsgericht T. mit einer Alimentenklage für sich und ihr Kind auf, worin zugleich um Beschlagnahme des in dem Bezirk des Oberamtsgerichts T. pflegschaftlich verwalteten Vermögens des Beklagten gebeten wurde. Dieser, durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt vorgetragenen Klage waren beigelegt: ein Zeugniß über die vollzogene Trauung, ein Taufschein für das Kind und ein Schreiben der Klägerin an einen Verwandten in ihrem Geburtsort, worin sie die in der Klage vorgetragenen Umstände erzählte. Der Abwesenheitspfleger [2] des Beklagten bestritt zunächst

[2] Der Abwesenheitspfleger wurde von der württ. Pflegschaftsbehörde aufgestellt; hiezu war aber letztere nicht kompetent, da A. schon im Jahr 1854 in aller Form nach Nordamerika ausgewandert war und seinen Wohnsitz dorthin verlegt hatte, ein curator absentis für den Beklagten daher, wenn sein Aufenthalt sich nicht entdecken ließ, nur von der nordamerikanischen Behörde des letzten Wohnsitzes des A.

der Klägerin die Befugniß, für ihr Kind aufzutreten, setzte weiter der Klage die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten entgegen, zog die angebliche Mittellosigkeit der, wie er behauptete, wohl arbeitsfähigen Klägerin unter Anführung einzelner Thatumstände in Abrede und räumte zwar ein, daß sich der Beklagte von derselben getrennt habe, führte jedoch als Ursache hievon Mißhandlungen an, welche der Beklagte von ihr und ihrer Mutter erlitten habe; insbesondere machte er auch geltend, daß ihm das am Wohnsitz der A.'schen Eheleute (Ohio) geltende Recht unbekannt sey. Daß auch nach dem letzteren die Klage begründet sey, wurde vom Bevollmächtigten der Klägerin im Laufe der Verhandlungen behauptet.

Nachdem der Einrede der mangelnden Kaution für die Prozeßkosten Genüge gethan war, erklärte sich das Oberamtsgericht T. durch Erkenntniß vom 14. Januar 1857 für unzuständig, weil es die Voraussetzungen des Arrests — insbesondere die schwerere Belangung des Beklagten vor seinen ordentlichen Richter — nicht als vorhanden erkannte, seine Zuständigkeit aber nur durch einen Arrest begründet werden könnte.

In der zweiten Instanz wurde eine mündliche Verhandlung vorgenommen, wobei der Anwalt der Klägerin ein Protokoll eines amerikanischen Friedensrichters vorlegte, in welchem drei Zeugen eidlich versicherten, daß die Klägerin und ihr Kind in einer hoffnungslosen Lage seyen, daß der Beklagte sein Eigenthum in Geld verwandelt und sich aus dem Staub gemacht habe, ohne daß ihnen bekannt sey, wohin er sich begeben habe. Auf den Grund dieser Zeugnisse, in welchen die Erfüllung sämmt-

---

rechtsgiltig aufgestellt werden konnte. Vergl. Erlaß des Pupillen-Senats des Obertribunals vom 3. Okt. 1861 und Taris in der Zeitschr. für die freiw. Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung, Jahrg. 1862, S. 258, 259, 296, 297. (K.)

licher Erfordernisse der bekannten Landrechtsstelle gefunden wurde, ward von dem Gerichtshof zu T. am 6. Juni 1857 der impetrirte Arrest verfügt und dem Oberamtsgericht T., als dem, nach Maßgabe der Bestimmung des Landrechts Thl. I, Tit. 79, §. 3, durch die Arrestverhängung auch für die Hauptsache zuständig gewordenen Gerichte, die materielle Entscheidung über die Alimentenklage aufgetragen. Dieses Urtheil wurde in der letzten Instanz durch Erkenntniß des Obertribunals vom 30. Dezember 1857 in seinem ganzen Umfange bestätigt, und dabei hinsichtlich der Frage, ob auch Ausländer gegen Ausländer vor den württembergischen Gerichten einen Arrest impetriren können, welche Frage der erste Richter als zweifelhaft dargestellt, der zweite aber nicht berührt hatte, auf frühere bejahende Entscheidungen des Obertribunals Bezug genommen.

Nun war die Alimentenklage zu verhandeln. Nachdem der Aufenthalt des Beklagten ermittelt, die Klage ihm eingehändigt, und ein Bevollmächtigter von ihm aufgestellt worden war, konnte, nach Verfluß von 1½ Jahren nach der Anlegung des Arrests, die erste Verhandlung stattfinden. Da jedoch in der Vernehmlassung mehrere neue Thatumstände vorgebracht wurden, insbesondere daß die Klägerin einen Ehebruch verübt habe, daß die Ehe schon geschieden, oder wenigstens der Scheidungsprozeß vor den amerikanischen Gerichten anhängig sey, — wofür durch Vorlegung eines Schreibens eines amerikanischen Advokaten der Beweis angetreten wurde, auch daß der Beklagte längst sein Kind verlangt, die Klägerin aber dessen Herausgabe verweigert habe, lauter Umstände, welche auf die Dauer der dem Beklagten aufzulegenden Alimentenleistung von Einfluß waren, — so mußte der Bevollmächtigte der Klägerin weitere Instruktion einholen. Nachdem aber diese nach mehr als drei Monaten noch immer nicht eingetroffen war, blieb für den klägerischen Bevollmächtigten nichts übrig, als auf sämmtliche neue That-

umstände mit Nichtwissen zu antworten, und es mußte das Oberamtsgericht die sämmtlichen im Widerspruch gebliebenen erheblichen thatsächlichen Momente, sowie die Frage nach dem im Staat Ohio geltenden Recht, insbesondere auch, ob die Ehefrau dem Ehemann gegenüber für ihr Kind zur Klage befugt sey, in sein Beweisdekret aufnehmen. Aber wieder blieben die Bevollmächtigten beider Theile ohne alle Nachricht von ihren Mandanten, so daß sie wiederholt um Fristerstreckung bitten mußten, bis endlich nach Ablauf eines halben Jahres von der Einhändigung des Beweisdekrets an der Anwalt der Klägerin ein Schreiben von deren Mutter vorlegte, welches die Nachricht enthielt, daß die Klägerin gestorben sey. Ein neues Dekret, worin dem klägerischen Bevollmächtigten aufgegeben wurde, seine Klagbitte nach der gegenwärtigen Sachlage zu modifiziren, eine neue von den Erben der Klägerin und den nach amerikanischem Recht zur Vertretung des Kindes berufenen Personen zu unterzeichnende Vollmacht vorzulegen, und worin nochmals die Beweisfrist verlängert wurde, hatte keinen besseren Erfolg, als die früheren Verfügungen; der klägerische Anwalt war, weil seine Briefe unbeantwortet blieben, nicht im Stande, den ihm gemachten Auflagen nachzukommen. Ein materielles Präjudiz durchzuführen, erschien bedenklich, weil auf Seiten der klagenden Partei ein Minderjähriger war, und so vereinigten sich die beiden Bevollmächtigten, die Sache ruhen zu lassen. Damit schien solche für das Gericht vorerst erledigt zu seyn.

Nach Jahr und Tag lief jedoch eine dringende Bitte des Beklagten um endliche Ausfolge des von seinem Sachwalter flüssig gemachten und nun müssig daliegenden Vermögens ein, und so mußte der Streit auf's Neue in Bewegung gesetzt werden. Aber auch neue Auflagen an den klägerischen Bevollmächtigten blieben ebenso fruchtlos, als die früheren, und so liegt die Sache noch nach mehr als vier Jahren nach angelegtem Arrest. Der Beklagte

bittet um Aufhebung des Arrests, gegen die klägerische Partei schlägt — so muß man wenigstens annehmen — ein materielles Präjudiz nicht an, und aufheben darf der Richter den Arrest nicht, ohne sich einer Regreßklage auszusetzen.

Die am Eingang angeführte Stelle des Landrechts Thl. I., Tit. 79, §. 2: „So lassen Wir in denen Fällen, (da die Arresten, vermög gemeiner Rechten statthaben) Unsern Unberthonen auch zu, daß sie dergleichen Schuldner, wo sie in der Person, oder mit ihrer Haab und Güttern zu betretten, umb ihre außständige Schuld arrestiren und auffhalten mögen" beschränkt unzweideutig das Arrestverfahren auf den Fall, wo der Arrest-Impetrant ein Inländer ist. Zwar hat das Obertribunal bei Entscheidung eines ähnlichen Falls ausgesprochen, daß nach allgemeinen Prinzipien und den heute geltenden internationalen Grundsätzen dem Fremden gleiches Recht verwaltet werde, wie dem Einheimischen. Nichts desto weniger scheint es — abgesehen von der im Falle der möglichen großen Entfernung der Parteien entstehenden Schwierigkeit des Verkehrs mit denselben und der Unbekanntschaft des Richters mit dem zur Anwendung kommenden fremden Recht — in hohem Grade bedenklich, einen in unsern Gesetzen so bestimmt, und gerade im Gegensatz zum gemeinen Recht, welches dieses Erforderniß in der Person des Klägers nicht kennt, ausgesprochenen Satz für antiquirt zu erklären, weil er den heutigen Anschauungen nicht mehr entspreche. Cessante legis ratione non cessat lex ipsa. Uebrigens sind noch keineswegs die Fremden den Einheimischen bei der Führung eines Rechtsstreits gänzlich gleichgestellt, da die Pflicht für Jene, Kaution für Sporteln und Prozeßkosten zu leisten, noch heutzutage besteht. Auch dürfte es immerhin dahin stehen, ob der oben dargestellte Streit nicht in kürzerer Zeit und mit geringeren Kosten von demjenigen amerikanischen Gericht, in dessen Sprengel die streitenden Eheleute ihren

Wohnsitz hatten, und dessen Zuständigkeit durch die Entweichung des Ehemanns nicht aufgehoben worden seyn dürfte, nöthigenfalls in contumaciam verhandelt und entschieden worden wäre.

---

6) Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatz.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Die von dem Herrn Einsender angefochtene Entscheidung der Kompetenzfrage in dem vorstehend mitgetheilten Rechtsfalle beruhte auf den zwei von dem Obertribunal angenommenen Sätzen:

I. daß Ausländer, d. h. nicht württembergische Staatsangehörige, gleich wie letztere, vor den württembergischen Gerichten in Beziehung auf einen in dem Bezirke des angerufenen Gerichts befindlichen Vermögenstheil des Impetraten unter denselben Voraussetzungen, unter welchen die Arrestklage eines württembergischen Staatsangehörigen für statthaft zu erkennen ist, Arrest impetriren können, und zwar ohne Unterschied, ob sie in demselben oder in einem anderen Unterthanenverbande stehen, als der Arrest-Impetrat;

II. daß das württembergische Arrestgericht, welches auf Anrufen eines Ausländers gegen einen Ausländer Arrest erkannt hat, in Folge der Arrestanlage auch zur Verhandlung und Entscheidung des in der Hauptsache, wegen welcher der Arrest angelegt worden, unter den Parteien obwaltenden Streits zuständig ist.

Zu I. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen von einem Ausländer gegen einen Ausländer vor einem württembergischen Gerichte Arrest impetrirt werden könne, kam bei dem Obertribunal

1) schon in einer am 31. Juli 1829 entschiedenen Appellationssache des Kaufmanns D. zu Genf gegen die

Wittwe N. zu Livorno zur Erörterung, blieb aber hier dahin gestellt, indem die Arrestklage wegen Mangels an den, die Anlegung eines Arrests bedingenden formellen und materiellen Voraussetzungen abgewiesen wurde. In dem Vortrage des Referenten wurde die Frage jedoch bejaht und es findet sich in demselben hierüber bemerkt: „Wenn auch im Thl. I. Tit. 79 §. 2 des Landrechts gesagt ist: „So lassen wir — Unseren Unterthanen auch zu u. s. w.“, so darf deßhalb noch nicht angenommen werden, daß damit die Ausländer haben ausgeschlossen werden wollen, da eines Theils kein Grund für diese Beschränkung sich denken ließe, andern Theils aus einer Reihe von anderen Stellen des Landrechts, so z. B. Thl. I Tit. 1. Tit. 6 §. 112. 114. 130. Tit. 17 §. 1. 4. 5. Tit. 57 §. 1. Tit. 69 §. 1. Tit. 80 §. 1. Tit. 81 §. 5. Thl. II. Tit. 25., in welchen gleichfalls der Ausdruck „Unsere Unterthanen“ gebraucht ist, obwohl sie ohne allen Zweifel auch auf Fremde ihre Anwendung finden, hervorgeht, daß der Gesetzgeber, wenn er sich dieses Ausdrucks bediente, zwar zunächst an Diejenigen, für die er dieses Gesetz gab, gedacht haben mochte, damit aber die Anwendung auf Fremde, soweit sie überhaupt stattfinden kann, nicht ausschließen wollte. In der württ. Wechselordnung Kap. VII. §. 11 ist ferner verordnet, daß in Wechselsachen den Fremden gleich schleunig und unparteiisches Recht angedeihen zu lassen sey, wie den Einheimischen, und überdieß beruft sich das Landrecht selbst auf das gemeine Recht, das eine Ausnahme zum Nachtheil der Landesfremden nicht kennt.“

2) In dem nächsten bei dem Obertribunal zur Entscheidung gekommenen Falle wurde diese Ansicht auch von dem Kollegium angenommen, indem in der Beschwerdesache des Handlungshauses E. u. Sch. zu Augsburg, Anlegung eines Arrests auf eine Forderung der Verlassenschaftsmasse des Handelsmanns St. zu Landau betreffend, am 10. August 1853 ausgesprochen wurde, daß auch dem,

von einem Ausländer gegen einen Ausländer bei einer württembergischen Gerichtsstelle angebrachten Arrestgesuche unter den im Landrecht Thl. I. Tit. 79 bestimmten Voraussetzungen stattzugeben seye.[1] Ebenso wurde

3) in der Arrestklagsache der Louise B. von Augsburg gegen ihren in Wien lebenden Ehemann am 25. September 1840 die Zuständigkeit der württembergischen Gerichte von dem Obertribunal für begründet erkannt, da unter Voraussetzung der gesetzlichen Bedingungen einer Arrestanlegung sowohl der Inländer gegen den Ausländer, als der Ausländer gegen den Inländer Arrest impetriren könne, soferne das Landrecht a. a. O. ein besonderes Privilegium für württembergische Unterthanen nicht aufstelle, und nach allgemein anerkannten Grundsätzen überhaupt in Württemberg dem Ausländer gleiches Recht verwaltet werde, wie dem Inländer.[2]

4) Auch in der am 28. Febr. 1846 entschiedenen Rekursbeschwerdesache des Gemäldehändlers D. aus Paris gegen Jean T. aus Lausanne, Arrestanlegung betr., wurde von dem Obertribunal der Satz anerkannt, daß es einem Ausländer gleichwie einem Inländer gestattet seye, gegen einen Ausländer bei einem württ. Gerichte ein Arrestgesuch anzubringen, und derselbe Satz kam

5) in der am 25. August 1857 entschiedenen Appellationssache zwischen L. R. in St. Antony in Nordamerika und J. Chr. G. in Cleveland in Nordamerika, Arrestklage betr. sowie

6) am 30. Dezember 1857 in der, den Gegenstand der obigen Mittheilung bildenden Appellationssache zwischen den Tobias A.'schen Eheleuten in Nordamerika zur Anwendung, und zwar in der letzteren Sache nach vorgängiger Berathung in voller Versammlung des Civil-

---

[1] Diese Entscheidung wird auch mitgetheilt in Sarwey's Monatschrift Bd. 3, S. 121.

[2] Sarwey, Monatschr. Bd. 13, S. 70.

Senats des Obertribunals. Hiebei wurde von dem Referenten in dem von ihm erstatteten Vortrage ausgeführt: „Es ist ein anerkannter Grundsatz des internationalen Rechts, daß Ausländer in Beziehung auf aktive Rechtsverfolgung in der Regel wie die Inländer behandelt werden. Hieraus folgt, daß wie Arrestklagen eines Inländers gegen einen Ausländer vor den inländischen Gerichten zuläßig sind, so auch die Arrestklage des Ausländers gegen den Ausländer in der Regel, und soweit nicht besondere Bestimmungen entgegenstehen, für statthaft zu erachten ist. Nach ihrem praktischen Erfolge ist auch eine solche Regel nicht für bedenklich zu erachten, da es Pflicht des Arrestrichters ist, im einzelnen Falle zu prüfen, ob in formeller und materieller Beziehung ein Arrestgesuch für hinreichend begründet zu erachten sey, und es ebendadurch dem Richter überlassen ist, willkürlichem Anrufen einer Partei, oder chikanösen, oder das inländische Gericht ohne Noth belästigenden Anträgen eines Ausländers entgegenzutreten.“ Im Uebrigen wurde sich bezüglich der Auslegung der fraglichen Stelle des württembergischen Landrechts auf die feststehende Praxis und die in den früher entschiedenen Fällen für diese Praxis geltend gemachten Gründe berufen. Das Kollegium trat dem Antrag und der Ausführung des Referenten einstimmig bei, indem hervorgehoben wurde, daß diese Ansicht schon nach allgemeinen Prinzipien, sowie nach den heutzutage geltenden internationalen Grundsätzen als durchaus gerechtfertigt erscheine.

In den zwei unter Ziff. 4 u. 5 angeführten Rechtsfällen hatte sich auch schon der Gerichtshof zu Eßlingen, und in dem unter Ziff. 6 erwähnten Rechtsfalle der Gerichtshof zu Tübingen als Richter zweiter Instanz in Uebereinstimmung mit der Thesis des Obertribunals ausgesprochen und ebenso wird in der Sarwey'schen Monatschrift[3] die konforme Entscheidung eines Kreis-

[3] Bd. 13, S. 67 ff.

gerichtshofs aus dem Jahre 1846 mitgetheilt, deren tüchtige und überzeugende Begründung mit den Ausführungen des Obertribunals im Wesentlichen zusammentrifft.

Die Ansicht des Obertribunals wird sich auch mit Grund nicht anfechten lassen. Der Regel nach kann, soweit die inländischen Gerichte überhaupt kompetent sind, Jeder, sey er In- oder Ausländer sein Recht vor denselben klagend verfolgen, und es wird gemäß den anerkannten und in unbestrittener Uebung stehenden Grundsätzen des internationalen Rechts, unter der Voraussetzung der Reciprocität, dem klagenden Ausländer derselbe Rechtsschutz von den inländischen Gerichten gewährt, welcher dem Inländer zu Theil wird. Hieraus folgt, daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch das Recht zur Erhebung von Arrestklagen gegen Ausländer, soweit gegen diese überhaupt Arrest impetrirt werden kann, dem Ausländer in gleicher Weise, wie dem Inländer, zuzuerkennen ist. Demgemäß hält auch das Oberappellationsgericht zu Kassel ebenso, wie das hiesige Obertribunal, an dem Grundsatze fest, daß Ausländer d. h. nicht kurhessische Staatsangehörige, gleich wie letztere, vor den kurhessischen Gerichten Arrest impetriren können, und zwar ohne Unterschied, ob sie in demselben oder in einem andern Unterthanenverbande stehen, wie der Arrestimpetrat.[4] Ebenso hat nach der K. bayerischen Gerichtsordnung Kap. I. §. 8 und in notis lit. g jeder Fremde das Recht, gegen einen andern Fremden vor bayerischen Gerichten Arrest zu impetriren, falls nur die Requisite gegeben sind, welche nach bayerischem Recht zur Verhängung des Arrests überhaupt gehören.[5] Dasselbe gilt in Baden, indem die grh. badische Prozeßordnung für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten

---

[4] Heuser, Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Kurhessen Bd. 9, (1862) S. 673, 676.

[5] Vergl. Blätter für Rechtsanwendung Bd. 18, S. 307, 308, 309. Bd. 17, S. 70.

vom 31. Dezember 1831 Tit. I. §. 45—47 die Bestimmung enthält, daß Ausländer vor den badischen Gerichten, soweit diese überhaupt kompetent sind, von andern Ausländern wie von Inländern belangt werden können, womit die prinzipielle Zuläßigkeit der Klagen von Ausländern gegen Ausländer ausgesprochen ist, während bezüglich der nach Tit. 32 §. 676 auch gegen Ausländer zuläßigen Arrestklagen eine Ausnahme von jenem Grundsatz nirgend gemacht wird. Auch in Preußen ist in der allg. Gerichtsordnung vom 4. Febr. 1815 Thl. I. Tit. 29 §. 88 der Grundsatz anerkannt, daß Fremde gegen andere Fremde Arrestgesuche bei den preußischen Gerichten anbringen können, nur ist hier das Arrestgesuch eines Fremden gegen einen Fremden an gewisse in der Gerichtsordnung näher bestimmte Voraussetzungen gebunden.

Etwas Anderes gilt auch in Württemberg nicht; zwar glaubt der Herr Einsender des oben mitgetheilten Rechtsfalls, daß die angeführte Bestimmung des Landrechts das Arrestverfahren unzweideutig auf den Fall beschränke, wo der Arrest-Impetrant ein Inländer ist, und hiemit dem Ausländer die Arrestklage abgeschnitten seye. Der Herr Einsender gründet diese seine Ansicht, wie dieß früher auch schon von Rümelin[6] geschehen, lediglich darauf, daß in der fraglichen Landrechtsstelle gesagt ist: „so lassen wir Unsern Unterthanen auch zu.“ Wie mir scheint, ist jedoch schon in der, von Sarwey[7] veröffentlichen Entscheidung eines Kreisgerichtshofs klar dargelegt worden, daß auf jene Worte ein Gewicht nicht gelegt werden kann, und dem Landrecht die Absicht, hiemit eine Beschränkung der Arrestklage auf württembergische Staatsangehörige auszusprechen, offenbar fremd war. Es ergibt sich dieß auf das schlagendste aus dem bereits hervorgehobenen Umstande, daß in dem Land-

---

[6] In Sarwey's Monatschrift Bd. 1, S. 325.

[7] Ebendaselbst Bd. 13, S. 68 ff.

recht der Ausdruck „Unsere Unterthanen" auch sonst in vielen anderen Stellen gebraucht wird, wo dieselbe Ausdrucksweise auch auf dieselbe Beschränkung der fraglichen Bestimmungen auf württembergische Staatsangehörige führen müßte, während in allen diesen Fällen das Nichtvorhandenseyn der Absicht einer solchen Beschränkung außer aller Frage steht. Denn wer wird z. B. behaupten wollen, daß, — weil gleich in Thl. I. Tit. 1 §. 1 des Landrechts nur von den Unterthanen die Rede ist, welche zu keinem förderlichen Austrag ordentlichen Rechtens gelangen mögen, sondern mit weitläufigen Prozessen, zu ihrer hohen Beschwerung, viel zu lang aufgehalten werden, — das aus diesem Grunde sofort geordnete Prozeßverfahren nur für die Unterthanen bestimmt gewesen. Dasselbe gilt von den weiteren, oben angeführten Stellen des Landrechts, welche ihrem Wortlaute nach gleichfalls nur von den Unterthanen reden, während aus der Natur der Sache und anderen Landrechtsstellen erhellt, daß sich die fraglichen Bestimmungen auf alle vor Gericht handelnde Parteien beziehen. Vergleicht man alle diese Stellen, so kann man sich daher der Ueberzeugung nicht verschließen, daß in dem Landrecht der Ausdruck „Unterthanen" ohne alle Absicht und offenbar nur zufällig da und dort gebraucht ist, was seine natürliche Erklärung darin findet, daß man bei Erlassung des Gesetzes *zunächst* die Landesangehörigen im Auge gehabt haben mag, zu deren Vortheil es vorzugsweise zu dienen bestimmt war. Unter solchen Umständen kann daraus, daß das Landrecht beim Arreste von Unterthanen redet, ein irgend bündiger Schluß, daß es die Arrestklage nur Inländern habe einräumen wollen, nicht gezogen werden, und da ein anderer Grund zu einer solchen Unterstellung nicht vorliegt, so ist die Ansicht genugsam gerechtfertigt, daß das Landrecht dießfalls an dem gemeinen Rechte nichts geändert und dem Nichtwürttemberger die Arrestklage abzusprechen nicht beabsichtigt hat.

Der Umstand, daß die Zulassung der Arrestklage in dem oben mitgetheilten Rechtsfall eine Verschleppung der Sache und mancherlei Verlegenheiten herbeigeführt, welche durch die Wegweisung der Arrestklage abgeschnitten worden wären, kann einen Grund gegen die Richtigkeit der in Vorstehendem vertheidigten Auslegung des Landrechts schon an sich nicht abgeben, und zudem waren es in dem fraglichen Rechtsstreit offenbar nur die ganz besonderen Umstände, welche die Verwicklungen und Verlegenheiten herbeiführten, und welche ebenso auch bei Arrestklagen von Inländern gegen Ausländer eintreten können. Man setze z. B. nur den Fall, daß die in dem obigen Rechtsfalle aufgetretenen Parteien nicht ausgewandert gewesen, sondern unter Beibehaltung des württembergischen Unterthanenverbands nur ihr Domicil in Amerika genommen gehabt hätten, so hätte demungeachtet Alles denselben Lauf nehmen können, wie ihn die Sache wirklich genommen, und es wäre keine der eingetretenen Verlegenheiten dem Gerichte erspart geblieben. Sodann kann dem Herrn Einsender wohl zugegeben werden, daß der fragliche Rechtsstreit möglicher Weise in kürzerer Zeit und mit geringeren Kosten vor den amerikanischen Gerichten zum Austrag hätte gebracht werden können. Allein eine andere Frage ist, ob der Obsieg ohne die Arrestanlage einen praktischen Werth für die Klägerin gehabt hätte. Ueberhaupt lassen sich manche Fälle denken, wo die Verweigerung der Arrestklage den Ausländer wirklich rechtlos stellen würde, wie z. B. wenn der Unterthan eines benachbarten deutschen Staates seinen, einem fernen Welttheile angehörigen Schuldner auf der Flucht mit einer Summe Gelds in Württemberg betreten würde. Wer möchte hier der Ansicht das Wort reden, wonach dem Unterthanen des Nachbarstaats das Recht auf Arrestirung der Habe seines flüchtigen Schuldners verweigert werden müßte! Und dann müßte, wenn das Landrecht nur den württembergischen Staasangehörigen gestatten würde, Ar=

rest zu impetriren, dieß in gleicher Weise auch dann gelten, wenn der Impetrat ein Inländer ist, da die angeführte Stelle des Landrechts ihrem Wortlaute nach gleichmäßig in beiden Fällen, sowohl gegenüber von fremden, einer anderen Obrigkeit unterworfenen Personen, als gegenüber von einem württembergischen Unterthanen die Arrestimpetrirung nur „Unseren Underthanen" zuläßt. Es würde daher der Ausländer überhaupt keinen Arrest bei württembergischen Gerichten impetriren können, was der Herr Einsender selbst zu behaupten nicht gemeint seyn wird.

Zu II. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das württembergische Arrestgericht auch zur Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits über die Forderung selbst, wegen welcher der Arrest gegen einen Ausländer zu Gunsten eines Ausländers angelegt worden, für zuständig zu erachten seye? wurde am 29. Dez. 1857 in voller Versammlung des Civilsenats des Obertribunals bejahend entschieden und es wird nicht ohne Interesse seyn, wenn aus obigem Anlaß der Hauptinhalt des bei diesem Anlaß erstatteten Vortrags des Referenten über jene Frage in Folgendem mitgetheilt wird. In demselben wurde ausgeführt:

1) Die alte Reichsgesetzgebung enthält eine bestimmte Beantwortung der Frage nicht. Denn wenn auch in dem Reichsabschied von 1570, §. 84 ausgesprochen ist: es solle nach angelegtem Arrest „die Hauptsach, darum der Arrest angelegt, an ordentlich Recht, wie sich gebührt, auszuführen remittirt und hingewiesen werden," [8] so ist dieß hier nur für den Fall verordnet, wenn ein Reichsunmittelbarer gegen einen Reichsunmittelbaren Arrest gelegt hat; und der Reichsabschied von 1594, §. 81 und 82 bemerkt, jene Konstitution beziehe sich nicht auf „licita de jure permissa arresta, auf die vom Richter angelegten Arreste," [9]

[8] Osterloh, Civilprozeß, S. 160—161.

[9] Struben, rechtliche Bedenken, Bd. 5, S. 184.

wie denn auch auf die Reichsgesetzgebung von den Rechtslehrern theils für, theils gegen die gestellte Frage sich berufen wird.

2) Was die Rechtslehrer des gemeinen deutschen Civilprozesses betrifft, so führt ein Theil derselben in der Lehre von den Gerichtsständen auch den Gerichtsstand des Arrests als solchen auf, als forum speciale neben den Gerichtsständen des Vertrags, der geführten Verwaltung u. s. w. ohne alle Beschränkung und unter der Erklärung, daß es dem Kläger frei stehe, bei dem Richter des Arrests die Klage bezüglich der Hauptsache zur Verhandlung und Entscheidung zu bringen. Hieher sind zu rechnen z. B. Danz,[10] Claproth,[11] Grolman,[12] Glück,[13] Hofacker,[14] Seuffert,[15] Thibaut,[16] dieser übrigens nur mit dem Beisatze, nach dem Herkommen vieler Orte, ferner Reinhardt,[17] welcher dabei bemerkt: „Dieser Gerichtsstand habe dem Gerichtsgebrauche, welcher sich hier durchaus folgerecht und stet geblieben, seinen Ursprung zu verdanken, und es haben denselben überdieß die meisten Prozeßordnungen der einzelnen Staaten, z. B. das württembergische Landrecht ausdrücklich anerkannt.“ Von Hagemann[18] wird angeführt, es habe das Tribunal in Celle in zwei Fällen erkannt, daß durch die Verfügung des Arrests der Gerichtsstand auch für die Hauptsache begründet werde.

Von einem andern Theil der Rechtslehrer wird dagegen zwar der Gerichtsstand des Arrests mit der er-

---

[10] Grunds. des ordentl. Proz. §. 32.
[11] Einl. in den Prozeß Thl. 1, §. 44.
[12] Theorie des gerichtl. Verf. §. 41.
[13] Komm. Thl. 6, §. 520.
[14] Principia §. 4238.
[15] Handb. des Civilproz. S. 59—64.
[16] Pand. §. 1076.
[17] Handb. des Proz. §. 26.
[18] Prakt. Erört. Bd. 7, S. 28.

wähnten Wirkung, daß er den Gerichtsstand für die Hauptsache begründe, als forum speciale aufgeführt, diese Wirkung jedoch nur ausnahmsweise oder beschränkt für bestimmte Voraussetzungen zugestanden. Hieher sind zu rechnen: Scheurlen,[19] welcher die Begründung des Gerichtsstands für die Hauptsache nur dann für gerechtfertigt hält, wenn die Verweisung der Sache an das sonst zuständige Gericht unmöglich oder zweckwidrig wäre, wofür er die Fälle anführt, a) wenn der Arrest gegen einen Ausländer verhängt wurde, der sich im Inlande betreten ließ, nachdem vorher dem Kläger bei dem ausländischen Gerichte die Justiz verweigert worden war; b) wenn der Arrest gegen einen flüchtigen Schuldner erkannt wurde; c) wenn der Impetrant ein Vagabund sey, dessen regelmäßiger Gerichtsstand sich nicht sofort ausmitteln lasse. In gleicher Weise sprechen sich Mackeldey,[20] Mittermaier[21] und Bayer[22] aus.

Endlich wird der Gerichtsstand des Arrests schon an sich als ein forum speciale für die Hauptsache verworfen von Linde,[23] welcher hierüber bemerkt: Dieser Gerichtsstand verstoße gegen die Reichsgesetze und gegen die im Arreste gelegene Natur der provisorischen Verfügung; und selbst dann, wenn gegen flüchtige Schuldner, Vagabunden, Ausländer u. s. w. Arrest angelegt werde, und in solchen Fällen das den Arrest verhängende Gericht als zuständig für die Hauptsache vertheidigt werden könne, liegen die Gründe für die Kompetenz niemals im Arrest, sondern in Umständen, welche selbst die Arrestanlegung erst rechtlich möglich machen, dieser also vorhergehen. Hiemit stimmen überein Krüll[24] und Mehlen,[25] und

[19] Civilproceß S. 268.
[20] Civilprozeß S. 8, 9.
[21] Prozeß S. 165.
[22] Summar. Prozeß S. 73.
[23] Civilprozeß §. 96.
[24] Prüfung einzelner Theile des bürg. Rechts Bd. 4, Abh. 3.
[25] Anl. zum summar. Prozeß S. 107.

in gleicher Weise lehrt Osterloh,[26] die Annahme eines besonderen Gerichtsstands des Arrests lasse sich nicht rechtfertigen, weil der Arrestrichter, wenn er nicht ohnehin als judex rei sitae zuständig sey, durch den Arrestschlag allein zur Entscheidung über die persönliche Forderung nicht berechtigt werde. Endlich ist derselben Meinung Struben,[27] welcher anführt, daß in dieser Weise die Hannover'sche Justizkanzlei in drei Fällen entschieden habe, und unter Berufung auf Lynker, Wahl und Mevius weiter bemerkt: die Reichsabschiede geben hiefür keine Norm, aber in dem gemeinen Recht und in unsern Prozeßordnungen sey nirgends die Zuständigkeit des Arrestrichters für die Hauptsache ausgesprochen.

Ueber die besondere Frage, ob in dem einen oder in dem andern Fall, im Fall der Bejahung oder der Verneinung der Statthaftigkeit des Gerichtsstands des Arrests, ein Unterschied bestehe bei Klagen eines Inländers gegen einen Ausländer oder eines Ausländers gegen einen Ausländer findet sich bei den Rechtslehrern keine Aeußerung; nur Mevius[28] sagt, es könne, wenn in einem Staate die Inländer das Recht haben, gegen Ausländer den Gerichtsstand des Arrests zu begründen, dieses Recht als ein Privilegium den Ausländern nicht auch zukommen.

3) Was die auswärtigen Gesetzgebungen betrifft, so kennt

a) die österreichische Gerichtsordnung sehr allgemein die Zulässigkeit des Arrests, „des Verboths auf fahrende Güter" — „alsdann, wenn der Gläubiger bei seinem Schuldner wegen Abgang anderer hinlänglicher Zahlungsmittel in Gefahr steht." Es soll ferner nach §. 286 der Verboth bei jenem Richter angesucht werden, unter welchem der Beklagte steht, oder bei welchem er zu

[26] Civilprozeß S. 160.
[27] Rechtliche Bedenken Thl. 5, S. 184 f.
[28] De arrestis. S. 65.

belangen wäre, wenn er sich im Orte befände, wo die Güter angehalten werden. Diese Bestimmung hat eine Erläuterung erhalten durch Hofdekret vom 4. Sept. 1788 dahin: „Ist jener, wider den das Verboth angesucht wird, in einem andern Ort, als wo das fahrende Gut befindlich ist, diese beide Orte mögen sodann in der nämlichen oder in verschiedenen Provinzen liegen, so hat der Verbotswerber die Wahl, ob er dem Gegentheil nachgehen, und bei dessen Personalinstanz belangen, oder aber, ob er sich an das Ort, wo das fahrende Gut befindlich ist, halten wolle. Weiter ist durch Patent vom 27. Dez. 1790 hinsichtlich des Gerichtsstands in der Hauptsache verordnet, nachdem schon durch Hofdekret vom 13. Januar 1786 ausgesprochen war, daß der Arrestrichter zur Verhandlung in der Hauptsache zuständig sey: — „Ist in dem Orte, wo das Gut sich befindet, das Verbot angesucht worden, so steht dem Verbotswerber frei, ob er hier oder bei dem Personalrichter des Beklagten in dem Orte dessen Aufenthalts die förmliche Klage anbringen will." Sodann ist noch zu erwähnen, daß ein Hofdekret vom 18. April 1789 bestimmt, daß die Verordnung vom 15. Januar 1789 auch diejenigen Fälle betreffe, „wo der Gegentheil des Verbothswerbers nach der Eigenschaft der Forderung, wegen welcher der Verbot angesucht worden, in fremden Staaten zu belangen ist." Endlich ist noch anzuführen, daß nach einem Hofdekret vom 19. Juni 1813 den Gerichten der deutschen Staaten von Oesterreich gestattet ist, auch gegen Ungarische und Siebenbürgische Parteien Verbote auf ihre, in den deutschen Erblanden befindliche fahrende Güter zu bewilligen, und über die Rechtfertigung des Verbots zu erkennen, daß jedoch eine Exekution des Erkenntnisses von diesen Gerichten, insofern ihre Gerichtsbarkeit nur durch die Bewilligung des Verbots begründet werde, blos auf das in Beschlag genommene, und das etwa sonst in den deutschen Staaten befindliche Vermögen des Schuldners zu er-

theilen sey.[29] Hienach wird als Bestimmung der österreichischen Gerichtsordnung anzunehmen seyn, daß nach der Wahl des Impetranten der Arrestrichter oder der ordentliche Richter des Impetraten wegen Verhandlung der Hauptsache angerufen werden kann, sowie daß Arrestgesuche auch gegen Ausländer statthaft sind, übrigens in derartigen Fällen die Exekution des Arrestrichters nur auf die mit Beschlag belegte Habe des Schuldners sich erstrecken kann.

b) Die bayerische Gerichtsordnung kennt zweierlei Arrestsachen nämlich 1) diejenigen Fälle, in welchen die Begründung des Gerichtsstands des Arrests bezweckt wird, wo die Kompetenz eines nach der allgemeinen Regel unzuständigen Richters durch den Arrest auch für die Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache selbst begründet werden soll und begründet wird; 2) diejenigen Fälle, wo nicht dieser Gerichtsstand begründet, sondern nur eine provisorische Maßregel erwirkt werden soll von dem ordentlichen Richter oder in dringenden Fällen von einem anderen Richter, um den Gegner zu verhindern, nach rechtlichem Austrage des Streits vor dem ordentlichen Richter die Exekution zu vereiteln. — Zu Begründung eines Arrestgesuchs in der ersten Beziehung ist erforderlich, daß der Impetrant in billiger Sorge stehe, er werde vor der ordentlichen Obrigkeit das Seinige ohne sonderliche Beschwerde nicht erlangen.[30] Hiezu bemerkt Seuffert,[31] daß bei Ausländern letzteres sich von selbst verstehe. Sodann wird von demselben[32] eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu München vom 22. Dez. 1851 angeführt, wodurch ausgesprochen wurde, daß der Gerichtsstand des Arrests, welcher auch bei Klagen

---

[29] Zimmerl, Handbuch Thl. 1, S. 258, 263—266, 269.

[30] Seuffert, Commentar über die bayerische Gerichtsordnung Bd. 2, S. 9 u. S. 332.

[31] In den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 3, S. 113.

[32] Ebendaselbst Bd. 17, S. 70, 71.

von Ausländern gegen Ausländer zur Anwendung kommen könne, bei der Obrigkeit des Orts begründet werde, welche den Arrest verfügt habe.

c) Die preußische Gerichtsordnung stellt im Thl. I., Tit. 2, §. 118 und 119, die beiden Sätze auf: Ist der, gegen welchen der Arrest erkannt worden, ein hiesiger Unterthan, so muß die weitere Ausführung des Hauptanspruchs an den ordentlichen Gerichtsstand verwiesen werden. — Ein Ausländer, gegen welchen ein Arrest in hiesigen Landen, es sey auf den Antrag eines Inländers oder eines anderen Ausländers, verhängt ist, muß vor dem Gerichte, welches denselben angelegt hat, auch in der Hauptsache sich einlassen. In dem Tit. 29 „von Arresten in dringenden Fällen" ist im §. 42 ferner gesagt: „In dem Falle, wenn der Richter, von dem der Arrest angelegt worden, zugleich der ordentliche Richter des Arrestaten in der Hauptsache, — folglich auch alsdann, wenn der Arrestat ein Fremder, und also der Gerichtsstand wider ihn, nach Vorschrift der gemeinen Rechte, durch den Arrest selbst begründet ist, — muß der Arrestrichter wegen Instruktion der Hauptsache weiter verfügen.

d) In der badischen Gerichtsordnung vom Jahr 1832 ist im §. 679 der Grundsatz ausgesprochen, daß in der Regel die Arrestanlegung keinen eigenen Gerichtsstand für die Hauptsache begründe. Hievon sind aber Ausnahmen festgestellt in §. 23 und 36, nämlich im §. 36 im Falle der Prorogation und im §. 23 ist verordnet es werde der Gerichtsstand für die Hauptsache begründet 1) wenn der Arrest auf Anrufen eines Inländers gegen einen Ausländer verhängt worden und kein anderer Gerichtsstand gegen ihn im Inlande vorhanden sey; 2) wenn der Arrest gegen einen flüchtigen Inländer verhängt worden ist, der keinen Wohnsitz hat. Vergl. auch §. 677, Nro. 2.

4) Bezüglich des württembergischen Rechts läßt die Bestimmung des Landrechts Thl. I., Tit. 79, §. 3,

nach den Worten: „sollen alsdann unsere Amptleut oder Gericht... die klagende Parthey auf ihr Ansuchen am Ort des angelegten Arrests zu nächstfolgendem Rechtstag oder auf's längst innerhalb Monatsfrist wider seinen Gegentheil... vertagen, da dann Unsere Gericht nach außgeübtem ordentlichem Prozeß, was recht ist, erkennen sollen", kaum einen Zweifel darüber zu, daß das Landrecht, zum Mindesten elektiv, den Gerichtsstand des Arrests durch die vorausgegangene Beschlagnahme für begründet erkennt; wie denn auch der Satz, daß in Württemberg die Anlegung des Arrests den Gerichtsstand für die Hauptsache begründe, von Plebst,[33] Scheurlen,[34] Schütz[35] und Berner-Schäfer[36] aufgestellt wird.

Da nun, nach dem zu I. Ausgeführten, in Württemberg auch Arrestklagen von Ausländern gegen Ausländer zulässig sind, so kann es keinem Bedenken unterliegen, den eben gedachten Satz auch bei Arrestanlagen zu Gunsten eines Ausländers gegen einen Ausländer gelten zu lassen, weil weder das Landrecht, noch eine neuere würtembergische Gesetzesbestimmung, noch eine bisherige Praxis eine Ausnahme kennen, und eine Unterscheidung zwischen inländischen und ausländischen Klägern auch nicht durch die Natur der Sache an die Hand gegeben ist, vielmehr häufig eine bloße Beschlagnahme für den Impetranten nutzlos wäre, wenn nicht auch die Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache vor den Arrestrichter gezogen werden könnte.

Soweit der Vortrag des Referenten; das Plenum des Civilsenats des Obertribunals trat dessen Ansicht bei, indem namentlich hervorgehoben wurde, daß man auf halbem

---

[33] Diss. ad jus. Prov. Württ. §. 201. Annot. ad J. P. W. §. 66.
[34] Civilprozeß S. 269.
[35] Württ. Civilprozeß S. 99.
[36] Das Verfahren S. 160.

Wege stehen bliebe, wenn man einem Ausländer zwar das Recht einräumen würde, gegen einen anderen Ausländer Arrest bei den württembergischen Gerichten zu impetriren, ihm aber verweigern wollte, sofort nach angelegtem Arrest auch die Hauptklage bei dem Arrestrichter anzubringen. Wenn insbesondere der Grund des Arrests darauf beruht, daß der Beklagte bei seinem ordentlichen Richter schwer zu belangen ist, so nützt den Kläger die Arrestanlegung nichts, wenn er sich nachher doch an den ordentlichen Richter wenden muß, und es wäre ein Widerspruch in sich selbst, wenn man wegen der Schwierigkeit der Belangung des Beklagten bei seinem ordentlichen Richter einen Arrest anlegen, sofort aber den Kläger in der Hauptsache dennoch an den ordentlichen Richter des Beklagten weisen würde, während diesem gerade durch die Arrestanlage begegnet werden sollte.

II.

Fragmente.

1) Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

A. Civilrecht.

1) Der Gerichtsgebrauch als Erkenntnißmittel eines Gewohnheitsrechts.

Das Charakteristische am Gewohnheitsrecht ist eine unmittelbar im Rechtsbewußtseyn des Volkes wurzelnde, vom Gefühle innerer Nothwendigkeit getragene, und in langer gleichförmiger Befolgung und Anwendung ausgesprochene, gemeinsame Ueberzeugung von einem Rechts-

satze. Diese Rechtsüberzeugung kann auch in einem konstanten Gerichtsgebrauche ihren Ausdruck finden, und wo dieß der Fall ist, wo als Grund und Zweck eines Gerichtsgebrauchs der Wille sich darstellt, durch den aufgestellten Rechtssatz einen im Volke lebenden Rechtsgedanken zum Ausdruck zu bringen und dadurch einem erkannten Rechtsbedürfnisse gerecht zu werden, ist die Rechtsschöpfung der Gerichtspraxis wahres Gewohnheitsrecht.[1] Allein nicht jeder Gerichtsgebrauch hat diese Bedeutung, im Gegentheil der Regel nach wird ihm solche abgesprochen werden müssen. Die nächste Aufgabe der Gerichte ist die Anwendung des bestehenden Rechts und seine Auslegung im Falle eines Zweifels. Wird eine solche Auslegung in einer längeren Reihe von Fällen von den Gerichten festgehalten, so bildet auch dieß einen Gerichtsgebrauch. Was aber auf diese Art in die Gerichtspraxis überging, nicht mit dem Willen der Rechtsschöpfung, sondern in der Absicht, den wahren Sinn des bestehenden geschriebenen Rechts zur Anwendung zu bringen, kann, wie lange der Gerichtsgebrauch auch bestanden haben mag, die Bedeutung eines Gewohnheitsrechts als einer formell verbindlichen Rechtsquelle nicht beanspruchen. Wird sich daher auf den Gerichtsgebrauch zum Beweise eines Gewohnheitsrechts berufen, so entsteht vor Allem die aus den Umständen zu beantwortende Frage, welcher der gedachten beiden Kategorieen der fragliche Gerichtsgebrauch beigezählt werden muß, und sprechen die Umstände dafür, daß die Aufstellung eines durch den Gerichtsgebrauch sanktionirten Rechtssatzes lediglich in der Auslegung des geschriebenen Rechts seinen Grund hat, und die Absicht nicht war, sich dadurch zum Organ einer im Volke lebenden Rechtsüberzeugung zu machen, sondern bestehen-

---

[1] Oder, mit a. W. es bildet in diesem Falle der Gerichtsgebrauch eines der sichersten Erkenntnißmittel des Bestehens eines Gewohnheitsrechts. Puchta, Vorl. (5. Aufl.) Bd. 1. S. 30.

des Recht anzuwenden, so kann ein solcher Gerichtsgebrauch zum Beweise eines Gewohnheitsrechts niemals dienen. Seine Bedeutung beruht auf dem materiellen Gewicht seiner Gründe, und es kann daher derselbe, wenn die Unrichtigkeit der ihm zu Grund liegenden Rechtsanschauung erkannt worden, eine bindende Norm für die Gerichte nicht abgeben.[2]

Entsch. des Obertribunals vom 28. Juni 1861 in S. der Gemeinde N. c. die Standesherrschaft H. L.; vom 12. September 1862 in S. des Stiftungsrathes zu E. c. v. U.

Uebrigens darf aus dem Umstande, daß bei Aufstellung eines Rechtssatzes durch die Gerichte zu dessen Begründung bestehende Gesetzesbestimmungen zu Hilfe genommen worden, nicht ohne Weiteres auf eine blos interpretative Thätigkeit der Gerichte geschlossen werden, da auch in dem Falle, wenn die Umstände keinen Zweifel darüber zulassen, daß der Aufstellung eines Rechtssatzes in Wirklichkeit die Erkenntniß eines vorhandenen Rechtsbedürfnisses und die Absicht, demselben zu genügen und das Rechtssystem mit dem lebendigen Rechtszustand zu versöhnen, zu Grund liegt, die Gerichte häufig bestrebt seyn werden, durch das Heranziehen von Bestimmungen des geschriebenen Rechts den als ein Bedürfniß des Rechtslebens erkannten Rechtssatz zur Geltung zu bringen. Dadurch werden aber die Aussprüche ihrer Bedeutung als Ausdruck einer im Volke lebenden Rechtsüberzeugung nicht entkleidet, sie behalten ihre Wurzel im Rechtsbewußtseyn des Volks, und es muß daher in diesem Falle der durch sie sanktionirte Rechtssatz als Gewohnheitsrecht aufrecht

---

[2] Der Gerichtsgebrauch ist in diesem Falle nicht Uebung einer nationellen Ueberzeugung, sondern eines wissenschaftlichen Irrthums. Derselbe Grundsatz kam auch in den Entsch. des Obertribunals vom 9. Oktober 1856 in S. der Gemeinde Sch. c. die K. St. F. V., und v. 11. April 1862 in S. der Gemeinde E. c. die K. St. F. V. zur Anwendung.

erhalten bleiben, wenn auch die versuchte wissenschaftliche Begründung desselben als unhaltbar sich erwiesen hat. [3]

Entsch. des Obertribunals vom 8./10. Juni 1862 in S. von J.'sche Erben c. A.'sche Abw.-Kuratel.

2) Welches Recht entscheidet für die Frage von der Erbfähigkeit eines Verschollenen?

Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts kann ein Abwesender, über dessen Leben oder Tod keine Kunde zu erlangen ist, eine während der Dauer dieser Ungewißheit eröffnete Erbschaft eben um dieser Ungewißheit willen nicht erwerben, und sein Kurator dieselbe nicht für ihn antreten, [4] während partikularrechtlich in einzelnen Staa-

---

[3] Vergl. Puchta, a. a. O., §. 13, Ziff. 1, S. 31 f.

[4] Ob einem Verschollenen, so lange dessen Tod noch nicht rechtlich vermuthet wird, eine Erbschaft erworben werden und ob insbesondere der curator absentis solche für ihn antreten könne, ist nach gemeinem Recht bekanntlich bestritten. Die ältere, insbesondere die von Carpzov bezeugte sächsische Praxis ging davon aus, daß der Abwesende bis zum Eintritt der Todespräsumtion trotz seiner Verschollenheit als lebend rechtlich zu vermuthen und somit erbfähig seye. Bruns, im Jahrb. des gem. D. Rechts von Bekker und Muther Bd. 1, S. 140 ff., 152 ff., 168 f. Krautt, die Vormundschaft Bd. 2, S. 258, und es hat diese Ansicht auch in den Gesetzgebungen der älteren und neueren Zeit Eingang gefunden. Bruns a. a. O. S. 171, 172. Krautt a. a. O. S. 258—260. Schon sehr frühe hat jedoch die Lebenspräsumtion, und in Folge dessen auch die dadurch bedingte Erbfähigkeit des Verschollenen, entschiedene Gegner gefunden, unter welchen insbesondere Lynker, sowie Richter, Schilter, Schorch und Wernher zu nennen sind, Bruns a. a. O. S. 169, 170, und im gegenwärtigen Jahrhundert ist deren Ansicht, hauptsächlich in Folge eines mit großem Scharfsinn geschriebenen Aufsatzes von Cropp in Heise und Cropp, jur. Abh. Bd. 2, S. 142 ff. und vielleicht auch unter dem Einflusse der neueren französischen und der ihr nachgebildeten Gesetzgebungen, vergl. Art. 135, 136 des Code Napoleon, in Theorie und Praxis die herrschende geworden. In der Theorie haben sich gegen die Lebenspräsumtion und demzufolge gegen die Erbfähigkeit des Verschollenen erklärt: Bolley, Auff. Bd. 1, S. 84 ff. Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 4, S. 360 ff. Mühlenbruch, in d. Forts. v. Glücks Comm. Bd. 42, S. 462 ff. Flach, Entsch. des OAG. zu Wiesbaden Thl. I.,

ten, wie z. B. auch in Würtemberg das Gegentheil gilt und Verschollene bis zum Ablauf des 70. Jahres von ihrer Geburt an für erbfähig angenommen werden und ihr Kurator zum Erbschaftsantritt zugelassen wird.[5] In Fällen, wo der letzte Wohnort des Erblassers und der

---

S. 145 ff. Seuffert, in den Bl. für Rechtsanw. Bd. 19, S. 17 ff., 31 ff., 49 ff. Schweppe, röm. Priv. Recht Bd. 1, §. 61. S. 149, Mittermaier, deutsches Privatrecht (5. Aufl.) Bd. 1, §. 147, Ziff. IV., S. 361. Arndts, Pand. §. 26. Sintenis, Civ. Recht Bd. 3, §. 160, Note 2, S. 320, 321. Runde im Archiv f. die Pr. des oldenburg. Rechts Bd. 2, S. 106 ff. Schäffer, in der Zeitschr. für Civ. Recht u. Prozeß N. F. Bd. 5, S. 402 ff. und in der Praxis hat diese Ansicht Anwendung gefunden in Entscheidungen der Oberapp. Gerichte zu Lübeck v. 19. Nov. 1825, zu Celle v. 15. Okt. 1833, zu Cassel v. 5. Okt. 1833, 5. Juli 1834 und 29. Mai 1845, zu Wolfenbüttel v. 10. Juli 1838 und zu Oldenburg v. 1840, ferner in Entsch. des Hof- u. Appell. Gerichts zu Wiesbaden v. 18. Okt. 1843 und des Oberapp. Gerichts daselbst v. 17. Mai 1843 und 10. August 1846, sowie der Oberapp. Gerichte zu Rostock v. 20. Jan. 1855 und zu München v. 3. u. 10. April 1854. Heise u. Cropp a. a. O. S. 163 f., Note 1 u. S. 174. Pfeiffer a. a. O. S. 401. Nr. 74. Flach a. a. O. Thl. 2, S. 125 f., S. 128 f. Thl. 3, S. 50, Blätter für Rechtsanw. Bd. 19. Erg. Blatt S. 49—53. Seuffert, Archiv Bd. 1, Nro. 160, Bd. 9, Nr. 49, 254, Bd. 11, Nro. 257, Bd. 12, Nro. 1. Auch das hiesige Obertribunal hat sich, wie schon in einem Gutachten v. 17. August 1826, Bolley, a. a. O. S. 89. 106—111, so auch in der nach gemeinem Recht zu entscheidenden Rt. S. der v. J.'schen Erben c. die A.'sche Abw. Kuratel vom 8./10. Juli 1862 in derselben Weise ausgesprochen. Die alte Ansicht, daß der Verschollene bis zum Zeitpunkt, wo er nach Gesetz oder Gewohnheitsrecht für todt anzunehmen, als lebend rechtlich zu vermuthen, also erbfähig sey, wird hauptsächlich noch von Krautt a. a. O. Bd. 2, S. 533 ff. und Bruns a. a. O. S. 90 ff. vertheidigt, und ihnen sind unter den Neueren Gerber, deutsches Privatrecht (3. Aufl.) §. 34. Holzschuher, Theorie u. Casuistik (2. Aufl.) Bd. 2, S. 807 ff. gefolgt. In der neueren Praxis ist die ältere Ansicht nur noch in wenigen Entscheidungen vertreten. Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 3, Nro. 298, 346, Bd. 9, Nro. 310.

[5] Ergänzungsbd. zum Regbl. S. 87 ff. Bolley, Verm. Aufsätze Bd. 1, S. 96, 98, 102, 107, 111. Reyscher, württ. Priv. Recht Bd. 3, §. 624.

letzte Wohnort des Verschollenen verschieden sind, kann daher die Frage praktisch werden, nach welchem Rechte die Frage von der Erbfähigkeit eines Verschollenen zu entscheiden ist, ob nach dem am letzten Wohnsitze des Verschollenen, oder nach dem am letzten Wohnsitze des Erblassers geltenden Rechte. Das Obertribunal hat das erstere angenommen, und diese Ansicht folgendermaßen begründet:

Soferne das Daseyn gewisser Zustände und Eigenschaften der Person, wodurch deren Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit, d. i. die rechtliche Möglichkeit, Rechte zu haben, zu erwerben und aufzugeben, bedingt wird, von einer Bestimmung des positiven Rechts abhängt, entscheidet nach der in der Theorie und Praxis herrschenden gemeinen Meinung über das Vorhandenseyn jener Zustände und Eigenschaften das örtliche Recht, welchem die Person selbst durch ihren Wohnsitz angehört.[6] Dieser Satz findet seine Anwendung auf die vorliegende Frage. Denn die Erbfähigkeit eines Verschollenen und damit die Berechtigung des Kurators desselben, eine während seiner Abwesenheit eröffnete Erbschaft für ihn anzutreten, hängt vor allem davon ab, ob und inwieweit ein Verschollener, über dessen Leben oder Tod keine Kunde vorliegt, als lebend zu betrachten ist, da die erste Bedingung der Rechtsfähigkeit einer Person das Leben derselben bildet, und daher auch eine Erbschaft nur demjenigen anfallen und nur für denjenigen angetreten werden kann, welcher zur Zeit des Anfalls sich noch am Leben befindet.[7] Nun

---

[6] Wächter, im Archiv für civ. Pr. Bd. 25, S. 163, 176, 177. Derselbe, württ. Priv. Recht Bd. 2, S. 93, 94. Savigny, System Bd. 8, S. 134. Sintenis, Civ.-Recht Bd. 1, S. 69, 70.

[7] Bolley, Verm. Aufs. Bd. 1, S. 87, 91, 110. Mühlenbruch in d. Forts. von Glücks Comm. Bd. 42, S. 462. Flach, Entsch. des Oberapp. Gerichts zu Wiesbaden Thl. 1, S. 146. Seuffert, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 19, S. 17, 33. Bruns in d. Jahrb. des g. d. Rechts von Bekker und Muther Bd. 1, S. 110. Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 4, S. 362.

ist zwar das Leben ein natürlicher Zustand, der als solcher nicht von gesetzlichen Bestimmungen abhängt, so daß der Regel nach die Frage, nach welchem Recht das Daseyn dieses Zustands zu beurtheilen, nicht entstehen kann, sondern, wo solches in Frage steht, der Beweis entscheidet. Allein bei einem Verschollenen ist dieser Beweis nicht möglich, da ja eben im Begriffe der Verschollenheit liegt, daß über Leben oder Tod der betreffenden Person keine Kunde zu erhalten ist. Hier ist daher die Frage, ob dieser Ungewißheit ungeachtet der Verschollene zu einer während seiner Verschollenheit eröffneten Erbschaft zuzulassen seye, und dieß beruht darauf, ob eine Präsumtion für das Leben eines Verschollenen bis zum Ablauf des 70. Jahres von seiner Geburt an besteht. Hienach hängt die Annahme des Daseyns einer Voraussetzung der Erbfähigkeit eines Verschollenen von dem Bestehen einer dießfälligen gesetzlichen Bestimmung ab, und ob eine solche Gesetzesbestimmung besteht, kann nach der vorangestellten Regel nur nach dem örtlichen Rechte des Wohnorts des Verschollenen beurtheilt werden. Hiegegen ist zwar geltend gemacht worden, daß es sich hier nicht sowohl um das Daseyn eines die Erbfähigkeit bedingenden Zustands als vielmehr um die rechtliche Wirkung des Zustands der Verschollenheit für die Erbfähigkeit handle, nur für die Frage aber, ob eine Person verschollen seye, das Recht des Wohnsitzes derselben entscheide, während die Wirkung dieses Zustands nach den Gesetzen des Inlands, wo der Erblasser sein Domizil gehabt, beurtheilt werden müsse.[8] Es beruht diese Annahme auf dem von Wächter[9] auf-

[8] Wächter im Archiv f. civ. Pr. Bd. 25, S. 363 will für die Erbfähigkeit, als der bloßen rechtlichen Wirkung eines persönlichen Zustands, das inländische d. h. am Wohnsitz des Erblassers geltende Recht entscheiden lassen. Anderer Ansicht ist Savigny, Syst. Bd. 8, S. 313, welcher die persönliche Fähigkeit der zur Erbschaft berufenen Personen für die Regel nach ihrem Wohnsitz, nicht nach dem des Erblassers beurtheilt wissen will.

[9] Württ. Privatrecht Bd. 2, S. 94, 6.

gestellten Satze, daß nur das Vorhandenseyn einer die Rechtsfähigkeit der Person bedingenden Eigenschaft, sofernesolche von einer gesetzlichen Bestimmung abhänge, nach den Gesetzen ihres Wohnsitzes zu entscheiden, die rechtlichen Wirkungen jener Eigenschaft dagegen von den Gerichten nach den Gesetzen ihres Staats zu beurtheilen seyen. Man kann dahin gestellt lassen, wie es sich mit der Richtigkeit dieses Satzes verhalten mag,[10] denn jedenfalls findet derselbe hier keine Anwendung. Abgesehen davon, daß das Verschollenseyn einer Person in dem hier allein in Betracht kommenden Sinne der Abwesenheit ohne erlangbare Kunde von dem Aufenthalt, sowie von dem Leben oder Tod des Abwesenden kein von gesetzlichen Bestimmungen abhängender Zustand, dessen Vorhandenseyn vielmehr lediglich eine Thatfrage ist, von einer Anwendung gesetzlicher Bestimmungen hierauf daher die Rede überhaupt nicht seyn, somit auch nicht das Recht des Wohnsitzes des Verschollenen als hiefür entscheidend erklärt werden kann, so handelt es sich bei der Frage der Erbfähigkeit eines Verschollenen zunächst nicht von einer rechtlichen Wirkung des Verschollenseyns, sondern, wie aus dem bereits Ausgeführten erhellt, darum, ob bei dem Verschollenen, ungeachtet der durch die Verschollenheit bewirkten Ungewißheit über Leben oder Tod des Verschollenen der für seine Erbfähigkeit entscheidende Zustand des Lebens als vorhanden anzunehmen seye, also um die Frage des Vorhandenseyns eines die Erbfähigkeit bedingenden Zustands, nicht um eine Wirkung desselben. Die Fähigkeit eines Verschollenen, Erbe zu werden, läßt sich zwar allerdings als die rechtliche Wirkung eines persönlichen Zustands, d. h. der Annahme oder Nichtannahme seines Lebens betrachten; allein es handelt sich ja zunächst nicht

---

[10] Vergl. dagegen Savigny, Syst. Bd. 8, S. 134 ff., welcher eine Unterscheidung zwischen den rechtlichen Eigenschaften einer Person und den rechtlichen Wirkungen dieser Eigenschaften mit Recht verwirft.

von dieser Wirkung, nicht davon, ob der Verschollene, wenn er als lebend zu betrachten, erbfähig sey, in welcher Beziehung für den Verschollenen dieselben Grundsätze, wie für jeden Andern gelten, sondern die Frage ist nur, ob die Bedingung der Erbfähigkeit, das Leben selbst, als vorhanden anzunehmen, und soferne dieß von Bestimmungen des positiven Rechts abhängt, kann hierüber auch nach den von Wächter aufgestellten Grundsätzen nur das örtliche Recht des Wohnsitzes des Verschollenen entscheiden. Als Wohnsitz des Verschollenen muß aber derjenige betrachtet werden, welchen er bis zur Zeit seines Verschwindens inne hatte.

Entsch. des Obertribunals vom 8./10. Juli 1862 in S. von J.schen Erben und Gen. ca. A'sche Abw. Kuratel.

3) Nach welchem Recht wird das elterliche Erziehungsrecht bei Ausländern bestimmt.

Die Kinder eines Kaufmanns W. zu Basel waren gegen den Willen ihres Vaters von deren Großmutter in Gemeinschaft mit einem für die Kinder bestellten Vormund in einem württembergischen Erziehungsinstitut zu K. untergebracht worden. Zur Abwehr der bei den württ. Gerichten erhobenen Klage des Vaters auf Herausgabe der Kinder legte der Vorsteher des Instituts zwei Urkunden vor und zwar 1) eine vom Bürgermeister und Rath des Kantons Basel ausgestellte Beurkundung, daß durch Beschluß der Basler Regierung der Großmutter der W.'schen Kinder das freie Verfügungsrecht über dieselben eingeräumt worden sey, unter Ausschluß jeder Einwirkung des Vaters und mit der Aufforderung an die auswärtigen Behörden, einer solchen Einwirkung nöthigenfalls mit Gewalt entgegenzutreten; 2) ein von dem Präsidenten des Justizkollegium zu Basel an den Institutsvorsteher zu K. gerichtetes amtliches Schreiben des Inhalts, daß der Vormund der W.'schen Kinder sich wegen des Anspruchs ihres Vaters auf deren Herausgabe an das Waisengericht zu Basel gewendet, die Sache daher dort anhängig seye, und vor Austrag derselben

Niemand als der Vormund über die gedachten Kinder verfügen könne. Dieser Urkunden ungeachtet wurde von dem Gericht zweiter Instanz angenommen, daß der Kläger in seiner Eigenschaft als leiblicher Vater als im Vollgenusse der väterlichen Gewalt stehend zu betrachten seye und damit seinen Anspruch hinreichend begründet habe, indem hiegegen die beurkundete Entziehung des Erziehungsrechts und dessen Uebertragung auf die Großmutter und beziehungsweise den Vormund der Kinder nicht in Betracht komme, weil die betreffenden Verfügungen der Regierung zu Basel und des Präsidenten des dortigen Justizkollegiums den Charakter außergerichtlicher Verfügungen an sich tragen, und erst durch gerichtliche Entscheidung festzustellen sey, wem das Recht der Erziehung zukomme. Diese Ansicht wurde von dem Obertribunal nicht für richtig erkannt. Denn nach richtigen Grundsätzen des internationalen Rechts sind in Absicht auf die Familienverhältnisse der Ausländer unter sich in der Regel nur die Gesetze und Einrichtungen ihres Staats maßgebend und es kann folgerecht die Art und Weise, wie von den obrigkeitlichen Behörden zu Basel das Rechtsverhältniß in der dortigen Familie W. hinsichtlich des Rechts und der Pflicht zur Erziehung der fraglichen Töchter geordnet worden ist, weder was das Materielle der Beurtheilung, noch was die Form des Verfahrens betrifft, zum Gegenstand einer Revision durch auswärtige Behörden gemacht werden, vielmehr erscheint die von den Behörden ausgedrückte Erwartung vollkommen gerechtfertigt, daß der Zustand, wie er Seitens der dortigen Obrigkeit zur Zeit geregelt worden, als ein rechtlich bestehender auch auswärts werde geachtet werden, und daß Einsprachen betheiligter Familienglieder hiegegen nur vor den dortigen Behörden zum Austrag zu bringen seyen.[11] Hieraus ergibt sich, daß

---

[11] Wächter, württ. Privatrecht Bd. 2, S. 98. Savigny, Syst. Bd. 8, S. 94 ff.

dem Kläger, obwohl er leiblicher Vater, die Befugniß zur Einwirkung auf die Erziehung seiner Töchter zur Zeit rechtlich entzogen ist, und seinem Anspruche auf die Herausgabe seiner Töchter somit die rechtliche Grundlage fehlt.

Entsch. des Obertribunals vom 25. Januar 1861 in S. W. c. St.

4) Entschuldbarer Rechtsirrthum.

Der Rechtsirrthum ist entschuldbar, wenn rechtsungelehrte Parteien der unrichtigen Rechtsbelehrung der Obrigkeit, vor der sie streiten, Gehör schenken, und Folge leisten; denn weil sie der besseren Einsicht der Obrigkeit sollen vertrauen dürfen, kann ihnen nicht zum Vorwurf gereichen, wenn sie rechtsgelehrten Rath Dritter beizuziehen versäumt und irriger obrigkeitlicher Belehrung über ihre Rechtsverhältnisse Folge geleistet haben. [12]

Entsch. des Obertribunals vom 17. Juni 1862 in S. R. c. R

5) Wohnsitz der Kinder, welche einen solchen noch nicht selbst gewählt haben.

So lange Kinder noch keinen eigenen, selbst gewählten Wohnsitz haben, [13] behalten dieselben denjenigen

---

[12] l. 9. §. 3 D. de jur. et facti ign. (22,6); l. 10 D. de bon. poss. (37,1.)

[13] Die freie Wahl eines Wohnsitzes setzt das Vorhandenseyn der Dispositionsfähigkeit voraus; Minderjährige können daher einen eigenen Wohnsitz nur mit Zustimmung des Vaters oder Pflegers, beziehungsweise der vormundschaftlichen Behörde begründen. Vergl. Bar, das internationale Privat- und Strafrecht S. 96. Doch kann diese Zustimmung auch durch konkludente Handlungen erklärt werden. Ob Kinder einen eigenen Wohnsitz in rechtsgiltiger Weise gewählt haben, ist eine Thatfrage; bei der Entscheidung, welcher obige Sätze entnommen sind, wurde ausgesprochen, daß darin, daß ein minderjähriger Sohn nach der Entfernung seines inzwischen verschollenen Vaters seiner Mutter an deren neuen Wohnort gefolgt und sich bei ihr bis zu Vollendung seiner Lehrzeit aufgehalten hatte, so wenig, als darin, daß er sich nach dieser Zeit als Handlungskommis an einen anderen Ort be-

Wohnsitz bei, welchen sie ohne eigene Wahl von der Geburt an haben, und dieß ist bei ehelichen Kindern der Wohnsitz ihres Vaters, da es ein anerkannter Satz ist, daß eheliche Kinder von ihrer Geburt an den Wohnsitz ihres Vaters theilen, und solchen selbst nach dem Tode des Vaters und bis zur Wahl eines eigenen Wohnsitzes beibehalten.[14] Dieß gilt auch in dem Falle, wenn die Kinder sich nach dem Tode des Vaters oder, im Falle einer Trennung der Eltern, nach dieser Trennung bei der Mutter an einem von dem letzten Wohnsitze des Vaters verschiedenen Wohnorte derselben aufhalten,[15] da ein eigener Wohnsitz der Kinder durch diesen Aufenthalt

---

geben, die Absicht der Wahl eines eigenen, festen und bleibenden Wohnsitzes gefunden werden könne. Von einer andern Ansicht bezüglich des Wohnsitzes eines Handlungskommis ist das Oberapp. Gericht zu München in einer, in den Bl. f. Rechtsanw. Bd. 19, Erg.-Blatt S. 81 ff. mitgetheilten Entsch. vom 12. Juni 1854 ausgegangen, welche jedoch nicht für richtig zu erkennen seyn wird.

[14] Glück, Comm. Bd. 6, S. 262 f. Savigny, Syst. Bd. 8, S. 62, Ziff. 2 und Note t. S. 102, 103. Seuffert, Pand. (4. Aufl.) Bd. 1, S. 129, Note 19. Wetzell, Civilprozeß S. 347, Note 56, 61. Gesterding im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 7, S. 426, 427. Scheurlen, Civilprozeß Bd. 1, S. 239, 240, Note 14. Seuffert, Archiv Bd. 11, Nro. 299. Sarwey, Monatschr. Bd. 1, S. 312—315, Bd. 13, S. 309. Hufnagel, Mitth. Bd. 1, Nro. 52, S. 131 ff. Berner-Schäfer, das Verf. S. 145. Das Obertribunal hat am 2. Dezember 1836 ausgesprochen, daß es auf den Wohnsitz des Vaters zur Zeit der Geburt des Kinds ankomme. Sarwey a. a. O. Bd. 1, S. 314, 315. Allein diesem steht entgegen, daß die Kinder, wenn der Vater nach ihrer Geburt einen neuen Wohnsitz begründet, demselben dahin zu folgen haben, und daher nicht abzusehen ist, warum auch in diesem Falle der Wohnsitz des Vaters zur Zeit der Geburt des Kinds als der fortdauernde Wohnsitz des letzteren zu betrachten seyn sollte, vielmehr muß im Falle einer nach der Geburt des Kindes eingetretenen Aenderung des Wohnsitzes des Vaters der neue Wohnsitz auch für denjenigen des Kinds entscheiden, wofür sich auch die eben angeführten Schriftsteller ausgesprochen haben.

[15] Vergl. auch Bar, das internationale Privat- und Strafrecht S. 97.

an sich nicht begründet wird, der Wohnsitz der Mutter aber nur bei unehelichen Kindern, bei ehelichen Kindern dagegen nur derjenige des Vaters in Betracht kommt.[16]

Entsch. des Obertribunals zu Stuttgart vom 8./10. Juli 1862 in S. v. J.'sche Erben c. A.'sche Abw. Kuratel.

6) Floßbare Gewässer, Begriff und rechtliche Natur derselben.[17]

Ein floßbares Gewässer ist nach den in Theorie und Praxis allgemein festgehaltenen Grundsätzen des heutigen deutschen Privatrechts unbedingt zu den öffentlichen zu zählen,[18] und nur bezüglich der nicht schiffs- oder floßbaren Gewässer gilt der Satz, daß sie, je nach den faktischen und rechtlichen Verhältnissen des einzelnen Falls, an sich möglicher Weise auch Gegenstand des Privateigenthums seyn können.[19] Floßbar ist aber ein Gewässer, wenn auch nur ein Theil desselben mit Flößen befahren wird, und steht dieses fest, so ist das Gewässer ein öffentliches, wenn auch ein anderer Theil des Flüßchens mit wirklichen Flößen nicht sollte befahren werden können.[20]

Entsch. des Obertribunals vom 5. Sept. 1860 in S. der St. H. W. Z. T. c. die St. F. B.

---

[16] Eine willkürliche und mit nichts begründete Ausnahme macht Gesterding a. a. O. für d. Fall, wenn die Mutter schon bei der Geburt des Kinds von ihrem Ehemann geschieden an einem anderen Orte lebte; in diesem Fall soll das Kind den Wohnsitz der Mutter theilen.

[17] Vergl. hierüber im Allgemeinen meine Mittheilung in Seufferts Archiv Bd. 14, Nro. 201 und die dort angeführte Literatur.

[18] Gerber, deutsches Privatrecht §. 63. Mittermaier, deutsches Privatrecht Bd. 1, §. 222 a. Schwab, Konflikte im Beil. Heft zu Bd. 30 des civ. Archivs S. 12 ff. Sintenis, Civ. R. Bd. 1, S. 418, Note 44.

[19] Sarwey, Monatschr. Bd. 17, S. 208. Dieses Archiv Bd. 1, S. 268, Bd. 2, S. 313, 314.

[20] Mittermaier, a. a. O. Bd. 1, §. 222 a. (Aufl. 5) S. 521, Aufl. 7, S. 616 f.

7) **Beschädigungen durch Anlagen des Nachbars. Cautio damni infecti.**

Ein an einem Mühlkanal sich hinziehender, im Eigenthum der Gemeinde E. befindlicher Abhang oder Rain war in Folge anhaltenden Regens theilweise eingestürzt und in den Mühlgraben gefallen, was den Müller veranlaßte, gegen die Gemeinde auf Räumung des Mühlkanals, beziehungsweise Tragung der durch die Räumung verursachten Kosten Klage zu erheben. Diese Klage wurde von dem Obertribunal nicht für gegründet erkannt; denn, sagen die Entscheidungsgründe, es ist ein anerkannter Grundsatz des römischen Rechts, daß für Beschädigung eines Grundstücks, welche dasselbe durch die schlechte Beschaffenheit eines Nachbargrundstücks erlitten hat, ein Ersatz nicht gefordert werden kann, wenn nicht vorher wegen der drohenden Gefahr Sicherstellung (cautio damni infecti) verlangt war. l. 6. l. 7. §. 2. l. 44 pr. D. de damn. inf. (39, 2.)[21] Der Kläger hat sich zwar darauf berufen, daß nach l. 18 D. de serv. praed. urb. (8, 2) auch ohne vorgängige Kaution eine actio in factum in solchen Fällen statthaft sey; allein diese Gesetzesstelle, gleichwie andere, ein ähnliches Prinzip aufstellenden, l. 27, §. 10 D. ad Leg. Aquil. (9, 2) und l. un. §. 5 D. de rip. mun. (43, 15), setzen voraus, daß die Beschädigungen, durch besondere Vorrichtungen, wobei der Nachbar sich eine Fahrlässigkeit zu Schulden kommen ließ, bewirkt wurden,[22] und können daher dem obigen allgemeinen Grundsatz keinen Eintrag thun. Da in dem vorliegenden Fall eine Sicherstellung vor der eingetretenen Beschädigung vom Kläger nicht verlangt worden ist, und der

---

[21] Vangerow, Leitf. Bd. 3 (6. Aufl.), S. 567, 581. Sintenis, Civilrecht (2. Aufl.) Bd. 2, S. 784. Seuffert, Archiv Bd. 7, Nro. 185.

[22] Reichardt, über das Recht des Eigenthümers im Archiv. f. civ. Prax. Bd. 30, S. 224. Hesse, das Rechtsverh. zwischen Grundstücksnachbarn (1859) S. 9, 125 ff.

Rain nicht als eine solche schädliche Vorrichtung, wie in den zuletzt erwähnten Gesetzesstellen gemeint ist, erscheint, vielmehr die Gefahr drohende Beschaffenheit desselben in seiner natürlichen Lage enthalten ist, so kann aus den Gesetzen der Anspruch des Klägers auf Entfernung der in den Mühlkanal gerutschten Erde nicht hergeleitet werden.

Entsch. des Obertribunals vom 31. Januar 1862 in S. R. c. Stadtgemeinde E.

8) Benützung eines gemeinschaftlichen Hofraums zum Ablauf von Abwasser.

Die Benützung des in einem gemeinschaftlichen Hofraum bestehenden Kandels zum Ablaufe des Abwassers ist ein Ausfluß der in dem Miteigenthum liegenden Befugniß des Gebrauchs der gemeinschaftlichen Sache zu dem Zwecke, zu welchem dieselbe bestimmt ist, und kann daher von dem Miteigenthümer nicht verhindert werden.

Entsch. des Obertribunals vom 28. Januar/4. Februar 1862 in S. K. c. E.

9) Unstatthaftigkeit der Theilungsklage, wenn die gemeinschaftliche Benützung für die Betheiligten durchaus nothwendig ist.

Die Regel, daß in allen Fällen auf Theilung geklagt werden könne, wo nicht ausdrückliche Gesetze, Verträge oder rechtsgiltige Verordnungen eines Dritten entgegenstehen, erleidet dann eine Ausnahme, wenn die gemeinschaftliche Benützung eines Theils der Sache für beide in der Gemeinschaft Betheiligte durchaus nothwendig ist.[23] Dieß ist insbesondere dann der Fall, wenn die Fortdauer der Gemeinschaft für den Gebrauch oder die Bewirthschaftung eigenthümlicher Grundstücke oder Gebäude in dem Maße erfordert wird, daß im andern Falle der

[23] l. 19, §. 1. D. comm. div. (10,3) vergl. auch l. 35, §. 3. D. de R. V. l. 26, §. 2. D. de leg. I.

eine von beiden gegen den andern auf Verstattung eines gleichen Gebrauchs im Wege erzwungener Bestellung einer Nothservitut dringen könnte. Ein Fall dieser Art ist demjenigen, wo die Aufhebung der Gemeinschaft durch positive Gesetze ausgeschlossen ist, gleich zu achten, weil derjenige, welcher einen gesetzlichen Grund für sich hätte, für den Fall der Theilung seinen Nachbar zur Abtretung einer, in dessen ihm durch die Theilung zufallenden Alleineigenthum liegenden Befugniß zu zwingen, um so viel mehr befugt seyn muß, sich der Aufhebung eines für sein Grundstück nothwendigen Zustands zu widersetzen. [24]

Aus diesem Grunde wurde die Theilungsklage als unstatthaft erkannt in einem Falle, wo ein gemeinschaftlicher, zu vertheilen beantragter Hofraum die wesentliche Bestimmung hatte, beiden Interessenten als gemeinschaftliche Aus- und Einfahrt, beziehungsweise Aus- und Eingang zu dienen, und diese Zweckbestimmung bei einer reellen Abtheilung nicht mehr hätte erfüllen können, so daß gleichzeitig mit der Theilung beiden Theilhabern nothwendige Servituten hätten auferlegt werden müssen, um ihnen in gedachter Beziehung das zu gewähren, was die bestehende Gemeinschaft von selbst mit sich brachte.

In einem andern Falle wurde die auf Abtheilung gemeinschaftlicher Eingänge, Hausgänge, Treppen, Abtritte u. s. w. eines im Uebrigen reell abgetheilten Wohnhauses gerichtete Theilungsklage wegen der Nothwendigkeit der gemeinschaftlichen Benützung der fraglichen Räume für beide Hausbesitzer gleichfalls als unstatthaft abgewiesen. [25]

Entsch. des Obertribunals vom 1. Juni 1853 in S. M. c. N.; vom 28. Januar/4. Februar 1862 in S. K. c. E.

---

[24] Seuffert und Glück, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 5, S. 109 f. Holzschuher, Theorie und Casuistik Bd. 2, Abth. 2, S. 839.

[25] Sarwey, Monatschr. Bd. 19, S. 211 ff. Seuffert, Archiv Bd. 7, Nro. 176. Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 5, S. 223 ff.

10) Der Käufer einer Sache hat vor deren Tradition keine Eigenthumsklage.

Wie man auch die Frage beantworten mag, ob und nach welchen Beziehungen in einzelnen Fällen Klagerechte eines Rechtsvorgängers gegen einen Dritten auch ohne ausdrückliche Cession auf den Rechtsnachfolger übergehen, und welche Rechte und persönliche Klagen der Käufer einer Sache nach dem Abschlusse des Kaufvertrags, aber vor Vollziehung desselben durch Uebergabe der erkauften Sache, insbesondere in Absicht auf Vortheile und Beschädigungen der Sache gegen Dritte erwirkt, [26] so geht jedenfalls die Eigenthumsklage und damit die Befugniß, den Kaufsgegenstand von dem dritten Besitzer zu vindiciren, nicht schon durch den Abschluß des Kaufvertrags und vor erfolgter Tradition auf den Käufer eines Grundstückes über, da als Regel feststeht, daß zu Begründung der Eigenthums- wie der publicianischen Klage vor Allem ein Eigenthumsrecht auf Seiten des Klägers erfordert wird, ein solches aber für den Käufer vor erfolgter Tradition nicht entstanden, vielmehr für diesen durch den Kaufvertrag nur das Recht erwachsen ist, von dem Verkäufer, und nur von diesem, und zwar auch von diesem nicht mit der Vindikations-, sondern mit einer persönlichen Klage aus dem Kaufvertrage die Uebergabe der erkauften Sache zu verlangen. Von dieser Regel gibt es zwar insofern einige (übrigens mehr nur scheinbare) [27] Ausnahmen, als in den Gesetzen gewissen Personen, die nicht eigentlich Eigenthümer sind, aus besonderen Gründen die Vindikation utiliter eingeräumt ist. (l. 2 D. quando ex facto tut. (26, 9.) l. 55. D. de donat. inter vir. et ux. (24, 1.) cst. 8. Cod. de rei vind. (3, 32.) Allein daß auch dem Käufer, welcher wegen nicht erfolgter Tradition

---

[26] Savigny, Obligationenrecht Bd. 1, S. 243 ff.

[27] Vergl. Vangerow, Leitf. Bd. 1, S. 579. Sintenis, Bd. 1, §. 52, Note 7.

noch nicht Eigenthümer geworden, eine rei vindicatio utilis zustehen solle, ist in den Gesetzen nirgends ausgesprochen, und daher kein Grund vorhanden, jene Ausnahmsfälle auf andere Fälle anzuwenden, und im Widerspruch mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen für den Käufer, so lange dieser nicht Eigenthümer geworden ist, den selbstverständlichen Uebergang des Eigenthums auf ihn zu fingiren, und zu seinen Gunsten eine Ausdehnung oder analoge Anwendung der Vindikatsklage durch Verleihung einer rei vindicatio utilis für zulässig zu halten, und dieß um so weniger, da auch schon die publicianische Klage gewissermaßen eine vindicatio utilis ist,[28] gleichwohl aber auch diese zu ihrer Begründung das Eigenthum auf Seiten des Klägers voraussetzt.

Entsch. des Obertribunals vom 26. Juni 1861 in S. v. U. c. L.

11) Realdienstbarkeiten und Reallasten bedürfen zu ihrer Entstehung durch Vertrag des Hinzutritts des gerichtlichen Erkenntnisses.

Nach Landrecht Thl. II., Tit. 9, §. 10 können Realdienstbarkeiten durch Vertrag ohne hinzukommendes gerichtliches Erkenntniß nicht entstehen, und dieß gilt nach der richtigen Auslegung des §. 11 desselben Titels, welche aus dessen Entstehungsgeschichte sich ergibt, und von den Rechtslehrern allgemein angenommen ist, auch von denjenigen Realdienstbarkeiten, welche der Verkäufer eines Grundstücks beim Verkaufe sich auf denselben vorbehalten will.[29]

---

[28] **Gajus** Instit. IV. §. 34—36.

[29] Griesinger, Commentar Bd. 2, S. 549. Reinhardt, Comm. Thl. 1, S. 187. Weishaar, württ. Privatrecht Thl. 2, S. 54, 55. Reyscher, württ. Privatrecht Bd. 2. S. 60. Wächter, württ. Privatrecht Bd. 1, S. 474. v. Sarwey, in diesem Archiv Bd. 1, S. 369 ff.

Entsch. des Obertribunals vom 15. Juni 1861 in S. M. c. B.[30]

Dasselbe wurde bezüglich vertragsmäßiger Begründung von Reallasten angenommen.

Entsch. des Obertribunals vom 27. Juni 1862 in S. der Stadtgemeinde G. c. B.

12) Stillschweigende Willenserklärung einer Gemeindekorporation.

Eine Gemeindekorporation hat als blos gedachte Person keinen Willen, ihr Wille wird fingirt, und diese Fiktion ruht nicht auf dem Willen der einzelnen Mitglieder der Gemeinde, sondern auf dem Willen der zu ihrer Vertretung gesetzlich bestellten Gemeindekollegien. Es kann daher eine Gemeinde nur durch diese und nicht auch durch ihre einzelnen Mitglieder mit rechtlicher Wirkung ihren Willen erklären, und es muß dieß folgerichtig gelten, ob es sich um eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung handelt. Auch eine stillschweigende Willenserklärung einer Gemeinde kann daher nur aus Handlungen der Gemeindekollegien gefolgert werden, und nicht haltbar erscheint der von dem Obertribunal den 22. Dezember 1845 in S. der Gemeinde B. c. D. und Gen. ausgesprochene Satz, daß es, wenn Gemeindekorporationen ihren Willen stillschweigend durch Handlungen erklären, zu dieser Art der Willenserklärung nicht eines förmlichen Gemeindebeschlusses bedürfe. Daß die Gemeindekollegien ihren Willen nicht blos ausdrücklich, sondern auch stillschweigend durch Handlungen erklären können, sagen die Motive eines neuen Obertribunalerkenntnisses, läßt sich mit Grund nicht bezweifeln, und die Vorschriften, welche die Gesetze in Absicht auf die Beschlüsse der Gemeindekollegien aufgestellt haben, stehen nicht entgegen, wohl aber folgt aus diesen gesetzlichen Bestimmungen, daß nur

[30] Obige Entscheidung findet sich vollständig in Tafels Civilrechtsspr. Bd. 5, S. 201 ff.

solche Handlungen der Gemeindekollegien in Betracht kommen können, welche auf Beschlüssen der letzteren beruhen. Denn nur der in den Beschlüssen vereinte und erklärte Wille der einzelnen Mitglieder der Kollegien kann als der Wille des Kollegiums angesehen werden. Handlungen, die nur je auf dem Willen der einzelnen Mitglieder eines Kollegiums beruhen, erscheinen blos als Handlungen dieser einzelnen Mitglieder, und aus ihnen kann also nicht auf eine stillschweigende Willenserklärung des Kollegiums geschlossen werden.

Entsch. des Obertribunals vom 9. April 1861 in S. W. c. Gemeinde D.

13) Die Wirksamkeit der unter einer Voraussetzung erfolgten Willenserklärung wird durch die Nichtexistenz oder den Nichteintritt der Voraussetzung ausgeschlossen.

Wenn eine Willenserklärung unter einer bestimmten, in ihr erkennbaren Voraussetzung erfolgt ist, so wird, wenn die Voraussetzung nicht zutrifft, deren Wirksamkeit ausgeschlossen. Denn steht gleich die Existenz des unter einer Voraussetzung erklärten Willens insolange, als die Voraussetzung nicht zur wirklichen Bedingung gemacht worden, außer Frage, da der Beweggrund einer Willenserklärung ohne Einfluß auf das Daseyn des erklärten Willens ist,[31] so hat doch derjenige, welcher seinen Willen unter einer Voraussetzung erklärt hat, damit an den Tag gelegt, daß er ohne das Daseyn der vorausgesetzten Thatsache seinen Willen nicht erklären würde, ebendamit aber seinen Willen in gewisser Weise beschränkt und zu erkennen gegeben, daß dessen Wirksamkeit von dem Bestehen oder dem Eintritt der Voraussetzung abhängig seyn solle. Ist aber dieß der Fall, steht, um mit Windscheid zu reden, hinter dem erklärten wirklichen

[31] Vergl. Meine Ausführung in der Monatschrift von Sarwey Bd. 20, S. 186 ff., Note 1, 2.

Willen der eigentliche[32] und ist letzterer bei dem Abschluß des Rechtsgeschäfts als erkennbar hervorgetreten, so steht demjenigen, welcher aus der zu seinen Gunsten erfolgten, durch die Voraussetzung aber beschränkten Willenserklärung, der Nichtexistenz oder des Nichteintritts der Voraussetzung ungeachtet, Rechte für sich ableiten will, die exceptio doli entgegen, da es als eine dolose Handlungsweise sich darstellt, wenn derjenige, welcher weiß, daß eine Willenserklärung nur unter der Voraussetzung des Daseyns oder des Eintritts einer gewissen Thatsache erfolgt ist, trotz deren Nichtexistenz die Willenserklärung für sich geltend macht.[33]

Entsch. des Obertribunals vom 8./10. Juli 1862 in S. v. J.'sche Erben c. A.'sche Abw.Kuratel.

Hat Jemand unter der erklärten oder aus den Umständen sich ergebenden Voraussetzung der Existenz oder

---

[32] Windscheid, die Voraussetzung S. 1—6, 12, 42, 58, 82, ff. 93 ff., 203—207, faßt die Voraussetzung als eine Selbstbeschränkung des Willens, als eine unentwickelte Bedingung auf, indem durch dieselbe zwar nicht die Existenz, wohl aber die Wirksamkeit des Willens von einem gewissen Zustande der Verhältnisse abhängig gemacht werde. Das unter einer Voraussetzung gewollte Rechtsverhältniß bestehe daher zwar mit dem wirklichen, aber gegen den eigentlichen Willen, und die Folge hievon seye, daß gegen denjenigen, zu dessen Gunsten jenes Rechtsverhältniß begründet worden, eine condictio stattfinde, indem, wer Etwas aus einer Willenserklärung habe, deren Voraussetzung ermangle, ohne Grund habe.

[33] Wesentliche Bedingung hiefür ist jedoch, daß die Voraussetzung in der Willenserklärung auf eine unzweideutige Weise sich manifestirt, der Wille als ein durch die Voraussetzung beschränkter sich in der Erklärung auch äußerlich dargestellt hat. Denn war der hinter dem wirklichen Willen stehende eigentliche Wille für den Mitkontrahenten nicht erkennbar, so kann von einem dolus seiner Seits keine Rede seyn, wenn er die zu seinen Gunsten erfolgte Willenserklärung für sich geltend macht, und es ist die der Willenserklärung zu Grund liegende Voraussetzung als ein bloßer Beweggrund nicht zu beachten. Vergl. Windscheid a. a. O. S. 5, 6 und 82 ff.

des Eintritts einer gewissen Thatsache eine Zahlung gemacht, so ist er, wenn die Voraussetzung sich nicht verwirklicht, befugt, das Gezahlte vermittelst der condictio ob causam datorum zurückzufordern.

Entsch. des Obertribunals vom 17. Sept. 1853 in S. v. S. c. W.

In einer andern Sache wurde angenommen, die bedungene Verzinsung des Kaufschillings vom Tage der gerichtlichen Bestätigung des Kaufs an habe auf der, der gesetzlichen Regel entsprechenden, — l. 13, §. 2, D. (19, 1), — stillschweigenden Voraussetzung — l. 11, §. 1, 2, D. eod. l. 3, D. (12, 1) — daß die Gutsübergabe sofort nach jenem Akte erfolgen werde, beruht.[35] Da dieß nicht geschehen, der Verkäufer vielmehr die Räumung unter den nichtigsten Vorwänden verweigert hatte, so wurde der Käufer erst vom Tage der Uebergabe der Kaufsobjekte an zur Bezahlung von Zinsen für schuldig erkannt.

Entsch. des Obertribunals vom 6. Juni 1856 in S. W. u. F. c. K.

14) Einrede der einseitigen Simulation bei einem Vertrage.[36]

Es ist ein anerkannter Rechtsgrundsatz, daß bei einem Vertrage in dem Verhältniß der Kontrahenten zu einander nur der gegenseitig erklärte Wille in Betracht kommt, und keine Partei sich auf das berufen kann, was sie in absichtlichem Widerspruch mit ihrer Erklärung auf eine dem Gegner nicht erkennbare Weise gedacht hat.[37] Wenn daher die Willenserklärung eines Kontrahenten

---

[34] Koch, Recht der Forderungen Bd. 3, S. 305. Strippelmann, Entsch. Bd. 5, S. 267, 658.

[35] Hievon wurde auch ausgegangen bei der Entsch. des Obertribunals vom 7. Januar 1840 in S. E. c. St.

[36] Ueber die Beweislast bei behaupteter Simulation beider Vertragsparteien vergl. dieses Archiv Bd. 4, S. 195, 196, Nro. 23. Maxen, Beweislast 2c. S. 130.

[37] Wächter, Württ. Priv. R. Bd. 2, S. 743.

äußerlich als eine verbindende sich darstellt, und der Mangel der Ernstlichkeit seines Willens in keiner für seinen Mitkontrahenten erkennbaren Weise hervorgetreten ist, so ist die Einrede, daß die Erklärung eine simulirte gewesen, nicht statthaft.

Entsch. des Obertribunals vom 1. Juni 1861 in S. G. c. U.

Es liegt in diesem Falle zwar eine Erklärung ohne Willen vor, allein da alle Rechtsordnung auf der Zuverlässigkeit jener Zeichen beruht, welche der allgemeine Gebrauch und die allgemeine Sitte zur Erklärung des Willens bestimmt hat, so soll, wie Savigny[38] ausführt, der für den Mitkontrahenten nicht erkennbare Widerspruch zwischen Willen und Erklärung keine Beachtung finden, und die übrigens fehlerlose Erklärung ohne Willen so gut wie eine Willenserklärung gelten, falls nur der Mangel des Willens dem, der dem Handelnden gegenüber steht, nicht ersichtlich ist. Eine im Grundsatz hievon etwas abweichende und einleuchtend begründete, im Resultate aber wenig differirende neue Theorie stellt Schliemann[39] auf. Zwar geht auch er davon aus, daß der blos innerlich gebliebene, also in dem bloßen Gedanken des Handelnden eingeschlossene Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung keine Beachtung finden könne, weil die Rechtsordnung auf der Zuverlässigkeit der zur Erklärung des Willens gebräuchlichen Zeichen beruhe. Es sey daher erforderlich, daß äußerlich erkennbar solche der Erklärung vorausgehende oder sie begleitende Umstände hervortreten, welche die Kraft und Bedeutung der Willenserklärung aufheben, dergestalt, daß man sagen müsse, unter diesen Umständen kann aus der Erklärung nicht auf den derselben entsprechenden Willen gefolgert werden. Allein daß in jedem Falle, wo ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vorliege, jene Umstände für denjenigen erkennbar

---

[38] System Bd. 3, S. 258, 259.

[39] Die Lehre vom Zwang S. 102, 114 ff.

seyn müssen, mit dem dieses Rechtsgeschäft geschlossen, damit der Widerspruch Berücksichtigung finden könne, folge aus dem an die Spitze gestellten Satze nicht. Wohl aber folge aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß eine Berufung des Handelnden auf solche Umstände, welche die Bedeutung seiner Erklärung wieder aufheben, dann ausgeschlossen seye, wo das Geltendmachen derselben eine Unsittlichkeit involvire. Dieß werde aber regelmäßig da der Fall seyn, wo jene Umstände dem Mitkontrahenten nicht erkennbar gewesen, und in der Regel werde daher die Berufung auf den Mangel des Willens allerdings nur da zulässig seyn, wo die Umstände, welche der Willenserklärung ihre Kraft und Bedeutung nehmen, von dem Mitkontrahenten sich erkennen lassen. Aber als Grundsatz könne man nicht aufstellen, daß ein Widerspruch zwischen Willen und Erklärung schlechthin nur dann angenommen werden dürfe, wenn er für den, welcher mit dem Handelnden in unmittelbare Berührung komme, erkennbar werde.

15) Ungiltigkeit eines Vertrags wegen Mangels eines bestimmten Inhalts.

Die Leistung, welche den Gegenstand eines Vertrags bildet, muß bei dem Vertragsabschlusse genau bezeichnet werden, oder es müssen wenigstens genügende Anhaltspunkte gegeben seyn, um den Inhalt und Umfang der versprochenen Leistung mit Sicherheit ermitteln zu können. Fehlt es bei einem Uebereinkommen an ausdrücklicher Bezeichnung oder an einem ausreichenden Maßstabe für Feststellung der Gattung des Vertrags, der Quantität, Qualität und Zeitdauer der Leistungen, und kann daher der Gegenstand des Vertrags nicht einmal nach billigem Ermessen ausgemittelt werden, so liegt kein verbindliches und vollziehbares Rechtsgeschäft vor.[40] Dieß wurde in

[40] Sintenis, Civilrecht Bd. 2, S. 26 ff. Wächter, württ.

einem Falle als zutreffend angenommen, in welchem behauptet worden, daß A. die Zusicherung gegeben, er werde dem B. zu Errichtung und Betreibung einer Bierbrauerei nach Kräften behilflich seyn, er werde den B. zu einem Manne machen, er wolle Alles für ihn thun u. s. w. Diese und ähnliche Erklärungen, sagen die Motive, geben keinen sicheren Aufschluß darüber, was denn eigentlich A. versprochen haben solle, und es mangeln daher den behaupteten Zusicherungen die angeführten Erfordernisse eines verbindlichen Vertrags. Denn wenn die Kontrahenten sich selbst gar nicht klar gemacht haben, was eigentlich geleistet werden solle, wenn vielmehr der Gegenstand des Versprechens erst der spätern Ueberlegung der Kontrahenten und den künftigen Umständen unterstellt werden soll, so kann von einem genügenden Konsens und daher von einem rechtlich verbindenden Vertrage nicht die Rede seyn. Es können vielmehr die behaupteten Zusicherungen nur als vorbereitende Erklärungen oder als Eröffnungen allgemeiner Aussichten, deren Verwirklichung von späteren Verabredungen oder von dem freien Belieben und gutem Einvernehmen abhängen sollte, aufgefaßt werden.

Entsch. des Obertribunals vom 26. Sept. 1862 in S. P. c. R.

16) Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags in ihrer technischen Bedeutung als einer bloß verzögerlichen Einrede gründet auf der Behauptung, die Klagerhebung sey eine chikanöse, weil Kläger seiner Pflicht in Hinsicht der ihm obliegenden Gegenleistung noch nicht nachgekommen sey; ihr Zweck ist erreicht mit dem Momente, wo der Beklagte versichert ist, daß der Kläger seiner Gegenleistung sich nicht entziehen will und wird. Der Einwand

---

Priv. Recht Bd. 2, S. 686. Savigny, Obligationenrecht Bd. 1, S. 386 f. Unterholzner, Schuldverh. Bd. 1, S. 219 ff. Seuffert, Archiv Bd. 10, Nro. 241; Bd. 12, Nro. 219.

enthält die Geltendmachung eines Retentionsrechts — l. 13 §. 8 D. de act. emti. (19,1) — l. 22 D. de her. vend. (18,4) —, für welches der Gegenstand fehlt, wenn der Kläger schon geleistet hat, oder zu leisten bereit ist. Die Einrede ist daher nicht begründet, wenn der klagende Verkäufer einer Sache in seinem Klagantrage eine Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung des Kaufpreises selbst nur mit der Einschränkung verlangt, daß dieser gleichzeitig die erkaufte Waare empfange, und der Kläger somit zur Uebergabe der verkauften Waare gegen Empfang des Kaufpreises sich bereit erklärt hat. Daß die verkaufte Waare gerade an dem Erfüllungsorte von dem Kläger niedergelegt worden, ist zur Wirksamkeit dieser Bereiterklärung nicht erforderlich. Denn so lange der Käufer selbst es ist, welcher die Erfüllung des Kaufs durch die Weigerung, ihn zu halten, verhindert, kann von dem Verkäufer eine andauernde nutzlose Präsentation am Orte der Erfüllung nicht, sondern nur soviel mit Grund verlangt werden, daß einer prompten Erfüllung, wenn es dazu kommt, kein Hinderniß im Wege steht.[41] Der Erfüllung selbst von Seiten des Verkäufers bedarf es zur Beseitigung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht.[42] Denn da es anerkannten Rechtens ist, daß der Verkäufer, wenn er den Kaufschilling nicht geborgt hat, nur gegen Empfang des Kaufschillings zu erfüllen hat, so ist es eine hieraus sich von selbst ergebende, übrigens von Gesetzen

---

[41] Madai, Mora S. 237. Mommsen, Mora S. 142.

[42] Griesinger, Comm. Thl. 2. S. 576 sagt zwar, so lange der Verkäufer nicht übergeben habe, stehe ihm die **exc. non impl. contr.** entgegen. Aber er sagt dieses lediglich, um zu widersprechen, daß nach der Landrechtsstelle Thl. II., Tit. 9, §. 21 der Käufer so unbedingt seinerseits zuerst zu erfüllen habe, daß der Verkäufer den Kaufschilling, auch wenn er seinerseits gar nichts thue, fordern könnte. Von dem Maße dessen, was der Verkäufer zu thun habe, redet er nicht, und war daher offenbar nicht gemeint, speziell die hier vorliegende Frage zu behandeln und zu entscheiden.

und Rechtslehrern hinreichend bestätigte [43] Folgerung, daß der Verkäufer alsdann und insolange, als der Käufer sich seinerseits der Erfüllung weigert, jeder ihm hinsichtlich der eigenen Erfüllung obliegenden Pflicht genügt, wenn er auf den Zeitpunkt, wo der Käufer erfüllt, mit der eigenen Leistung bereit ist. [44]

Entsch. des Obertribunals vom 2. November 1861 in S. L. u. Comp. c. K.

17) Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags.

Das römische Recht verordnet in l. 13 §. 8 D. de act. emt. et vend. (19, 1), [45] daß beim Kaufe der eine Kontrahent überhaupt nicht zur Leistung verurtheilt werden könne, so lange der andere die ihm obliegende Leistung nicht oder nur zum Theile anbiete, welcher Satz allgemein bei den wesentlich zweiseitigen Obligationen als geltend anerkannt ist. [46] Das Gesetz handelt davon, daß derjenige, welcher auf Erfüllung des Vertrags klagen will, seinerseits die ihm obliegende Leistung zuvor angeboten haben müsse, und das Anbieten einer theilweisen Leistung wird für nicht genügend erklärt, unzweifelhaft deßwegen, weil Niemand zur Annahme einer bloß theilweisen Leistung verbunden ist. [47] Die gedachte Bestimmung läßt

---

[43] l. 39. D. solut. (46,3.) Treitschke, Kauffontrakt S. 139, Thöl, Handelsr. (3. Aufl.) S. 285.

[44] Seit Art. 16 des Pfandentw. Ges. v. 21 Mai 1828 wäre in der That ohne dieses Recht, auch ohne vorgängige Tradition zu klagen, die Lage des Verkäufers einem unsichern Käufer gegenüber eine sehr schlimme.

[45] Hieher gehören ferner l. 25 D. de act. emt. et vend. (19, 1.) — l. 22 D. de her. vel act. vend. (18, 4.) — l. 31. §. 8. l. 57 pr. D. de aedil. ed. (21, 1.)

[46] Vorausgesetzt, daß nach den Bestimmungen oder der Natur des Vertrags Zug um Zug zu leisten ist, und nicht die Leistung des einen Kontrahenten vorauszugehen hat.

[47] Die l. 13 §. 8 D. de act. emt. et vend. (19, 1.) sagt, daß der Käufer den Kaufpreis und zwar den ganzen, und nicht blos einen

sich daher nicht auf den Fall beziehen, wenn der Beklagte die unvollständige Leistung angenommen hat; vielmehr ist die dem Beklagten zustehende dilatorische Einrede (exceptio non adimpleti contractus) als dadurch bedingt zu betrachten, daß der Beklagte die von dem Kläger angebotene Leistung nicht angenommen, d. h. nicht in der Absicht empfangen hat, im Genusse derselben zu bleiben. [48]

Theil, angeboten haben müsse, wenn er aus dem Kaufvertrage klagen wolle. Denn insolange könne der Verkäufer die verkaufte Sache zum Pfande zurückbehalten. Einen Grund dieser Bestimmung führt das Gesetz nicht an; derselbe kann aber nur darin beruhen, daß der Verkäufer, wenn er nach den Bestimmungen des Vertrags oder der Natur desselben verlangen kann, daß die Uebergabe der verkauften Sache und die Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug geschehe, nur gegen Bezahlung des ganzen Kaufpreises zur Leistung des Kaufsobjekts für vertragsmäßig verbunden erachtet werden kann, insolange daher, als nicht der ganze Kaufpreis angeboten wird, eine Verbindlichkeit zur Uebergabe des Kaufsobjekts seinerseits nicht besteht.

[48] Der Satz, daß die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrags durch jede Annahme einer wenn auch nur theilweisen oder mangelhaften Leistung — und zwar, wie im weiteren Verlaufe der Entscheidungsgründe gesagt wird, selbst in dem Falle, wenn die unvollständige oder mangelhafte Leistung unter Vorbehalt angenommen worden — ausgeschlossen werde, wird sich nicht rechtfertigen lassen. Es steht diesem Satze die l. 22 D. de her. vel act. vend. (18, 4.) entgegen, welche ausdrücklich besagt, daß der Verkäufer, auch wenn er einen Theil des Kaufpreises empfangen oder angenommen habe, das Kaufsobjekt pfandweise zurückbehalten könne, wenn der Käufer den Rest nicht zahle. „Hereditatis venditae pretium pro parte **accepit,** reliquum emptore non solvente quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur? Respondi, nihil proponi, cur non teneantur.“ Dasselbe besagt auch l. 13 § 8 D. de act. emt. (19, 1.) Der Grund der exceptio, wie er in der vorigen Note dargelegt worden, trifft an sich auch in dem Falle, wenn ein Theil des Kaufschillings schon bezahlt ist, der Rest aber verweigert wird, in derselben Weise zu, wie wenn noch gar nichts bezahlt worden. Der Verkäufer ist zur Leistung nicht verbunden, so lange nicht auch der Käufer seiner Verpflichtung vollständig nachzukommen bereit ist. „retinet, quoad emptor satisfaciat.“ l. 31 §. 8 D. de aedil. ed. (21, 1.) — Soll die Einrede des nicht erfüllten Vertrags in ihrer technischen Bedeutung als dilatorische Einrede durch eine blos theil-

Es würde der Gerechtigkeit widerstreben, dem Beklagten der die theilweise Leistung des Klägers angenommen hat und in deren Genusse sich befindet, das Recht einzuräumen, seiner Seits die ihm obliegende Gegenleistung vollständig zurück zu halten, bis der Kläger auch den anderen Theil geleistet hat. In diesem Falle bleibt dem Beklagten nur übrig, im Wege der Klage oder Widerklage oder nach Umständen der Kompensationseinrede sein Recht auf den Rest der Leistung seines Mitkontrahenten (beziehungsweise seine Entschädigungsforderung wegen der mangelhaften Leistung) geltend zu machen.

Der angeführte Rechtssatz ist von der Doktrin und Praxis auf die Fälle, wo der Kläger zwar der Substanz nach vollständig, dagegen in Betreff der Beschaffenheit mangelhaft geleistet hat, analog ausgedehnt worden, weil derjenige, welcher das Versprochene nicht auf die Weise leistet, wie es ihm hienach obgelegen ist, den Kontrakt

---

weise oder mangelhafte Leistung ausgeschlossen werden, so muß daher diese Leistung unter Umständen erfolgt seyn, welche die Annahme ausschließen, daß der Empfangende seine Leistung von der Vervollständigung und Ergänzung der gegner'schen Leistung abhängig zu machen beabsichtigt habe. So z. B. wenn die nachher als mangelhaft angefochtene Leistung in der Absicht einer vollständigen Erfüllung des Vertrags erfolgt und als eine solche Erfüllung angenommen worden, und ein Abgehen von dem Vertrage wegen des Mangels nicht zulässig oder nicht beabsichtigt ist, oder wenn im Falle einer mangelhaften Leistung der Andere sich nur seine Ersatzansprüche vorbehalten hat u. s. w. In einem solchen Falle kann allerdings von einem Rechte des Empfangenden, seine ganze Leistung bis zu Beseitigung der Mängel zurückzuhalten, die Rede nicht mehr seyn. arg. l. 4 §. 1 l. 6 §. 4 D. de act. emt. et vend. (19, 1.) — l. 1. l. 69 §. 6. D. de evict. (21, 2.) In dieser Weise hat sich auch das Obertribunal in einer neueren Entscheidung vom 17. Januar 1862 in S. L. c. M. ausgesprochen. Vergl. die Entsch. in Seufferts Archiv Bd. 1 Nro. 39, 199. Bd. 5 Nro. 147, 308. Bd. 6 Nro. 169. Bd. 9 Nro. 216. — Sächsische Zeitschr. N. F. Bd. 20 S. 183. — Zeitschr. für Braunschweig Bd. 7 S. 60. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 172—175.

ebenso wenig erfüllt, als der, welcher gar nichts oder das, was er sollte, nur halb thut (exceptio non rite adimpleti contractus). Vermöge der angeführten Bedingung jedoch, welche in jenem Rechtssatze begriffen ist, hängt auch diese analoge Anwendung davon ab, daß zwar der Kläger seine, obwohl ganze so doch mangelhafte, Leistung angeboten, der Beklagte aber dieselbe abgelehnt hat. Nur so lange der Vertrag durch den Kläger überhaupt noch nicht — sey es durch Anbieten seiner unmangelhaften oder durch Annahme der mangelhaften Leistung Seitens des Beklagten trotz der Mängel — zum Vollzuge gekommen ist, kann der Beklagte auch seiner Seits den Vollzug des Vertrags verweigern, wogegen dem Beklagten falls er die Leistung des Klägers trotz der Mängel — wenn auch unter dem Vorbehalt des Anspruchs auf deren Beseitigung oder auf Schadloshaltung — angenommen hat, die genannte verzögerliche Einrede nicht mehr zusteht.

Auf Grund dieser Sätze wurde in einem Falle, in welchem der Klage eines Werkmeisters auf Bezahlung einer Akkordsumme für die Herstellung eines Gebäudes die Einrede entgegengehalten worden war, daß das Gebäude eine große Zahl von Mängeln habe, und der Kläger daher mit der Forderung so lange abzuweisen seye, bis er das Gebäude fehlerfrei hergestellt haben werde, diese verzögerliche Einrede der nicht gehörigen Vertragserfüllung um deßwillen verworfen, weil das Gebäude dem Beklagten längst übergeben, und von ihm bezogen und inzwischen bewohnt worden war, dem Beklagten daher, was die Leistung des Klägers anbelange, nichts übrig bleibe, als entweder im Wege der Widerklage oder der Klage die Verurtheilung seines Mitkontrahenten in die Beseitigung der Mängel zu beantragen, oder wegen dieser Mängel Entschädigung zn verlangen und mit der Entschädigungssumme zu kompensiren.

Entsch. des Obertribunals vom 14. September 1859 in S. S. c. H.

18) Unmöglichkeit der Erfüllung eines Vertrags wegen schon zur Zeit des Vertragsabschlusses entgegenstehender Hindernisse. Kenntniß dieser Hindernisse Seitens des Mitkontrahenten.

Wenn Jemand eine vertragsmäßige Leistung nicht zu erfüllen vermag, weil er schon zur Zeit der Begründung der Obligation kein Recht zu den von ihm in seinem Vertrage gemachten Einräumungen hatte, oder weil das Recht des betreffenden Kontrahenten ein beschränktes, beziehungsweise bedingtes war, und nun die Bedingung eingetreten ist, der Mitkontrahent aber von dem mangelnden Rechte des Andern und von der die Nichterfüllung der Obligation zur Folge habenden Beschränktheit des Rechts des andern Paciszenten Kenntniß hatte, so kann der Mitkontrahent wegen der seinem Anspruche entgegenstehenden exceptio doli generalis nicht mit Erfolg auf Erfüllung klagen und auch nicht ein Aequivalent der Leistung in Anspruch nehmen. [49]

Entsch. d. Obertribunals v. 5. Juni 1861 in S. E. c. T.

19) Erfüllungsverzug des Verkäufers. Rechte des Käufers. [50]

Wenn die Einhaltung eines bestimmten Lieferungstermins nicht vertragsmäßig zu einer förmlichen Bedingung der Giltigkeit des Kaufs erhoben, oder nicht wenigstens, was von einzelnen Handelsrechtslehrern dem gleich gestellt wird, eine nach Tag, Stunde oder Endigungspunkt fest bestimmte Erfüllungszeit verabredet worden ist, so ist das Abgehen des Käufers vom Vertrage bei ver-

---

[49] l. 9. §. 1 locati (19, 2.) — cst. 3 §. 3, 4. Cod. comm. de eg. (6, 43.) Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistung S. 17, Note 26, S. 43, Note 11.

[50] Bezüglich des Erfüllungsverzugs des Käufers und der Folgen desselben vergl. dieses Archiv Bd. 4, S. 418 ff. Seuffert, Archiv Bd. 14, Nro. 122.

späteter Lieferung der Waare zunächst an die Voraussetzung zu knüpfen, daß die Verspätung einer rechtlichen Verantwortung des Verkäufers zuzurechnen,[1] daß dieser im Verzuge sey. Denn es ist von selbst klar, daß der Käufer, welcher die Gefahr sogar des Untergangs der Waare trägt, um so mehr jede dem Verkäufer rechtlich nicht zuzurechnende, also nicht auf Verzug beruhende Verspätung zu leiden hat.[51] — Weiter aber führt selbst im Falle eines Verzugs des Verkäufers das für den Käufer hieraus entstandene Entschädigungsrecht nur alsdann zu einem Rechte des Rücktritts vom Vertrage, wenn dieser darzuthun vermag, daß er anders als durch Aufhebung des Kaufs nicht schadlos gestellt werde, daß das Geschäft für ihn in Folge des Verzugs nutzlos geworden sey.[52]

Entsch. des Obertribunals v. 2. Nov. 1861 in S. L. u. Comp. c. K.; v. 20. Mai 1862 in S. R. c. G.

---

[51] In Uebereinstimmung hiemit wurde in einer Entsch. v. 20. Mai 1862 in S. R. c. G. gesagt: der Anspruch des Käufers auf Schadenersatz wegen verspäteter Lieferung setzt voraus, daß entweder der Verkäufer, rechtzeitig zur Leistung aufgefordert, keine Folge geleistet hat, oder, daß derselbe verpflichtet war, dem Beklagten ohne Mahnung zu einer bestimmten Zeit mit seiner Leistung entgegen zu kommen. Die nackte Thatsache, daß der Verkäufer den Vertrag noch nicht erfüllt, kann eine Schadenersatzpflicht nicht begründen, wenn nicht die Unterlassung der Erfüllung ihm zum Verzug zuzurechnen ist. l. 23, l. 33, D. de Verb. Obl. (45, 1.) — l. 32, l. 36, §. 2, D. de usuris (22, 1.) — l. 5, D. de reb. cred. (12, 1.) Mommsen, Beiträge zum Obl. Recht II. S. 66, III. S. 178. Entw. eines allg. d. Handelsgesetzbuchs Art. 356, 357.

[52] Thöl, Handelsrecht (3. Aufl.) S. 372 ff. Bluntschli in den Bl. f. Rechtsanw. Bd. 17, S. 353 ff. Mommsen, Beiträge III. S. 257, 258. Seuffert, Archiv Bd. 11, Nro. 141, 232, Bd. 14, Nro. 123. Weiter geht das OAG. zu Lübeck (Seuffert, Archiv Bd. 2, Nro. 154, Bd. 8, Nro. 351, Bd. 11, Nro. 230), welches annimmt, daß wegen verspäteter Erfüllung von dem nicht morosen Theil ohne Weiteres vom Vertrag abgegangen werden könne, unter Berufung auf Gesetzesstellen: l. 1, pr. D. de act. emt. vend. (19, 1.) — cst. 4, Cod. eod. (4, 49.), welche sich jedoch durch die Betrachtung

20) Welcher Zeitpunkt ist im Falle des Verzugs des Schuldners bei eingetretener Preisveränderung für die Schätzung des zu vergütenden Werths entscheidend?

Die Frage, nach welchem Zeitpunkte im Falle des Verzugs des Schuldners bei eingetretener Preisveränderung die Schätzung des zu vergütenden Werths sich richte, ist im gemeinen Rechte bestritten. Nach der einen Ansicht kann der Gläubiger von dem säumigen Schuldner regelmäßig den höchsten Werth verlangen, welchen die geschuldete Sache während der Dauer des Verzugs erreichte,[53] nach der anderen Ansicht hat der Gläubiger regelmäßig die Wahl zwischen dem Zeitpunkt des Beginns des Verzugs und der Zeit des rechtskräftigen Urtheils (je nachdem der Werth zu jener oder zu dieser Zeit ein höherer war), und nur der Dieb hat ausnahmsweise für den höchsten Werth der ganzen Zwischenzeit zu haften.[54] Dabei herrscht aber eine weitere Meinungsverschiedenheit in Betreff derjenigen Obligationen, deren Erfüllung durch Vertrag auf einen bestimmten Zeitpunkt gesetzt ist, indem die einen auch diese Obligationen im Fall des Verzugs des Schuldners unter die von ihnen aufgestellte Regel stellen,[55] andere Rechtslehrer aber diese Obligationen von der Regel ausnehmen, und bei ihnen, unter Beru-

---

beseitigen, daß nach älterem römischem Recht, welches noch in einer Reihe von Gesetzesstellen vertreten ist, überhaupt eine jede Kondemnation eine Geld- und Interessen-Kondemnation war.

[53] Glück, Comm. B. 13, S. 290 ff. Thibaut, Pand. (8. Aufl.) §. 99. Puchta, Pand. §. 268, Note f. Arndts, Pand. §. 251, Note f.

[54] Savigny, System Bd. 6, §. 275—277. Madai, Lehre von der Mora §. 48. Schweppe, röm. Priv. R. Bd. 3, S. 45. Mommsen, Beiträge zum Obl. Recht Thl. 3, §. 21. Seuffert, Pand. R. Bd. 2, §. 240, Note 5. Sintenis, Civilrecht Bd. 2, S. 189, Note 36, S. 191, Note 41. Wächter, Erörterungen Heft 2, S. 56.

[55] Savigny, a. a. O. Mommsen, a. a. O. S. 212.

fung auf l. 22. D. de R. C. (12,1.) — l. 4. D. de cond. tritic. (13,3.) — l. 11. D. de re jud. (42,1.) — l. 59. D. de V. O. (45,1.), nur die vertragsmäßige Erfüllungszeit als den maßgebenden Zeitpunkt betrachten.[56]

Das württembergische Landrecht aber enthält in dem Titel von Darlehen Thl. II. Tit. 1 §. 11—13 die Bestimmung: daß, wenn vom Verzug an das geliehene Gut im Werthe gestiegen, der säumige Entlehner den höchsten Mehrwerth, den das Gut vom Anfang des Verzugs bis zu rechtskräftigem Endurtheil irgend einmal gehabt habe, zu ersetzen verbunden sey, und zwar ohne Unterschied, ob der Verzug mit dem Ablauf der vertragsmäßigen Erfüllungszeit, oder in Ermanglung einer solchen mit der außergerichtlichen oder gerichtlichen Mahnung des Gläubigers eingetreten ist. Erwägt man, daß die Meinungsverschiedenheit „der Ausleger der Rechte" (wie im zweiten Landrecht an der entsprechenden Stelle ausdrücklich bemerkt ist) zu der gedachten Bestimmung Veranlassung gab, somit eine gemeinrechtliche Controverse entschieden werden wollte, — daß aber jene Meinungsverschiedenheit auf die Fälle des Verzugs überhaupt, nicht bloß auf den Verzug bei dem Darlehen sich bezieht, — daß einige der wichtigsten Gesetzesstellen über den Zeitpunkt der Aestimation bei Preisveränderungen in den Pandektentiteln de rebus creditis (l. 22. pr.) und de condict. tritic. (l. 3. u. 4.) stehen, und den älteren Commentatoren Veranlassung gaben, die Frage hier zu erörtern, — daß auch aus der Haug'schen Relation keine Absicht, die landrechtliche Bestimmung auf das Darlehen zu beschränken, ersichtlich ist,[57] so kann diese Bestimmung nicht als eine singuläre Vorschrift für das Darlehen, sondern sie muß als eine allgemeine Vorschrift aufgefaßt werden, durch welche eine gesetzliche Folge des Verzugs

---

[56] Schweppe, Madai, Thibaut a. a. O.

[57] Faber und Schloßberger, Vorarbeiten zum Landrecht S. 123.

überhaupt (im Fall einer Preisveränderung) festgesetzt werden wollte.[58]

Eine Ausnahme hievon findet auch bei Lieferungskäufen, welche die Lieferung einer Quantität vertretbarer, einen Marktpreis habender, Sachen binnen einer festbestimmten Frist zum Gegenstand haben, nicht statt. Auch bei solchen Lieferungskäufen sind, wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waaren im Verzug ist, und der Käufer entweder die Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt, für die Feststellung und Bemessung des Schadens die allgemeinen civilrechtlichen Grundsätze maßgebend.[59] Die Ansicht, daß hier das Interesse des Käufers zunächst nur durch den Marktpreis des vertragsmäßigen Lieferungstermines bestimmt werde, und daß ein späteres Steigen des Preises ohne besondere von dem Käufer nachzuweisende Umstände nicht zu berücksichtigen sey, wird von den Schriftstellern sowohl des Handelsrechts als des Civilrechts und in der Praxis der Gerichte auf die allgemeinen Grundsätze, welche nach ihrer Auffassung das gemeine Civilrecht über Leistung des Interesse und über den Zeitpunkt der Aestimation aufstellt, gestützt.[60] Jener Satz kann daher nicht angewendet werden, wo die partikuläre Civilgesetzgebung, abweichend von jener Auffassung des gemeinen Rechts, den allgemeinen Grundsatz aufstellt, daß der im Verzug befindliche Schuldner schlechthin für den während des Verzugs eingetretenen höchsten Werth verantwortlich sey. Wenn die An-

---

[58] Wächter, Erört. Heft 2, S. 120. Reyscher, württ. Priv. R. Bd. 1, §. 131, Note 10.

[59] Vergl. jedoch Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs Art. 355, 357.

[60] Brinkmann, Handelsrecht, §. 98, Note 5—7. Seuffert, Pand. Bd. 2, §. 240, Note 1, 5, vergl. Savigny, System Bd. 6, S. 233. Seuffert, Archiv Bd. 1, Nro. 44, Bd. 2, Nro. 152, Bd. 11, Nro. 140.

wendung dieses landrechtlichen Grundsatzes auf Lieferungskäufe die Folge hat, daß der Käufer den Verzug des Verkäufers dazu benützen kann, auf dessen Rechnung auf späteres Steigen der Preise zu spekuliren, so beweist dieß gegen die Anwendbarkeit des Grundsatzes nichts. Erleidet der Verkäufer durch ein solches Spekuliren des Käufers einen Nachtheil, so hat er sich diesen selbst zuzuschreiben, da es jeden Augenblick in seiner Macht stand, durch Erfüllung, beziehungsweise durch Ersatz des bis dahin entstandenen Schadens, sich außer Verzug zu setzen, und den Nachtheil aus dem späteren Steigen der Preise abzuwenden.

Entsch. des Obertribunals v. 22. Mai 1834 in S. K. c. Sch.; v. 28. Juni 1842 in S. W. c. H.; vom 13. April / 17. Mai 1847 in S. B. c. Br.; v. 17. Juni 1861 in S. M. c. Sch.[61] und in S. G. c. Sch.; vom 21. Okt. 1862 in S. F. c. R.

21) Die Insinuation einer Schenkung muß von dem Schenkgeber nachgesucht werden.

Das Obertribunal hat schon wiederholt den Grundsatz ausgesprochen, und den 18. Jan. 1851 in der Rt.-S. M. c. K.,[62] den 5. Juni 1858 in der Rt.-S. W. c. H. und den 17. Sept. 1862 in der Rt.-S. W. c. W.'sche Erben zur Anwendung gebracht, daß die zur Giltigkeit einer Schenkung von mehr als 200 fl. oder von unbeweglichen Sachen erforderliche Insinuation derselben bei Gericht durch den Schenkgeber nachgesucht werden muß, und dieser dem Gerichte seinen Willen, daß die Schenkung vor Gericht insinuirt werde, zu erklären hat. Denn das Gericht muß von dem Willen des Schenkgebers, die Schenkung zur gerichtlichen Insinuation zu bringen,

---

[61] Die obige Ausführung ist der Entscheidung v. 17. Juni 1861 entnommen.

[62] Der Rechtsfall, welcher die älteste Entscheidung des Obertribunals v. 18. Januar 1851 veranlaßte, wird mitgetheilt von Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 2, S. 62 ff.

die vollständige Ueberzeugung erhalten; aus der Thatsache der Schenkung für sich allein aber kann noch nicht auf den Willen des Schenkenden, daß solche in seinem Auftrag bei Gericht insinuirt werden solle, mit Sicherheit geschlossen werden. Wird daher, ohne daß der Schenkgeber seine Absicht der Herbeiführung der gerichtlichen Insinuation unzweideutig zu erkennen gegeben, die Anzeige von der Schenkung dem Gerichte nur von dem Schenknehmer gemacht, so kann der Insinuation eine rechtliche Giltigkeit nicht zuerkannt werden. In dem Vortrag des Referenten bei der neuesten Entscheidung des Obertribunals ist dieß folgendermaßen begründet worden:

Der Grundsatz des Obertribunals findet schon in dem Ausdruck der Gesetze seine Begründung. Denn die Schenkung soll nach cst. 32 und 36 Cod. de donat. (8,54) bei Gericht insinuirt werden, d. h. vor Gericht erklärt und von diesem ein Protokoll hierüber aufgenommen werden, was selbstverständlich derjenige thun muß, welcher schenken will.[63] Das Landrecht Thl. II. Tit. 18 §. 3 verordnet, daß Schenkungen von Geld und fahrender Haabe, welche den Werth von 200 fl. übersteigen, „vor Gericht fürgebracht und in das Gerichtsbuch eingeschrieben werden sollen", und diese Verordnung trägt die Ueberschrift: „welche Gaben vor Gericht geschehen sollen." Da nur der Schenker gibt, so kann diese Bestimmung nur auf diesen bezogen werden Jener §. 3 des Landrechts handelt von Schenkungen beweglicher Sachen; der §. 4 sodann handelt von Schenkungen unbeweglicher Sachen, und verlangt hier durchaus gerichtliche Insinuation „wie von Kontrakten und anderen Forderungen im 13. Titel gesagt sey." Dieser von der Insinuation der Verträge

---

[63] Savigny, System Bd. 4, S. 217. Sintenis, Civilrecht Bd. 1, S. 211. Weiske, Rechtslexikon Bd. 9, S. 702. Seuffert, Archiv Bd. 1, Nro. 343. **Voët, Comm. Lib. 5, Tit. 39, §. 15.** Koch, Recht der Forderungen Bd. 3, S. 148, 149.

über liegende Güter handelnde Titel verordnet aber, daß die Verträge hierüber von beiden Kontrahenten vor Gericht gebracht, und in das Gerichtsbuch eingetragen werden sollen, wie dieß auch wieder in der K. Verordnung vom 19. Juni 1808 §. 2 für sämmtliche Kontrahenten vorgeschrieben wird.

Besonders klar läßt sich die Nothwendigkeit der Insinuation durch den Schenkenden aus der Geschichte des angeführten §. 3 des Landrechts nachweisen. In dem zweiten Landrecht von 1567 war unter der Ueberschrift: „welche Gaben und Schenkungen vor Gericht beschehen sollen“ verordnet: „welche Person an Geld oder fahrender Habe über 200 fl. werth frei von der Hand vergabt oder sonst verspricht oder verheißt, das hat nicht Kraft, es geschehe denn vor Gericht, und werde in das Gerichtsbuch eingeschrieben; wenn dann solches beschieht, so soll solche Gab nicht verhindert und abgestellt werden, es weren dann große und nothwendige Ursachen vorhanden, deren Ermessung allwegen bei eines Gerichts Erkenntniß stehen u. s. w.“ [64] Daß die Verlautbarung der Schenkung vor Gericht durch den Schenkgeber geschehen müsse, ist in dieser Stelle mit klaren Worten ausgesprochen, denn die Vergabung solle ja vor Gericht geschehen. Aus Dr. Haug's Relation über fraglichen Titel [65] ist aber zu entnehmen, daß von dieser Bestimmung, daß die Insinuation durch den Schenkenden nachgesucht werden müsse, nichts geändert werden sollte, indem er nur vorschlug, daß zwei Beisätze gemacht werden sollen, einmal: daß die Summe von 200 fl. nach württembergischen Landesmünzen zu berechnen sey, sodann in Betreff der remuneratorischen Schenkung: „daß allwegen die angedeutte Verdienst bei der Schenkung ausdruckenlichen vermeldt, oder hienach von dem, der geschänkht wird, bewiesen wer-

---

[64] Reyscher, Gesetzessammlung Bd. 4, S. 312.

[65] Faber und Schloßberger, Landrechtsakten S. 208—210.

den soll, was er dem Schänkher für Dienst und Gutthathaten bewiesen hat." Diese Beisätze wurden auch in das dritte Landrecht, in die §§. 3 und 5, aufgenommen, im Uebrigen aber die Ueberschrift in dem zweiten Landrecht auch bei dem §. 3 des 18. Titels des dritten Landrechts beibehalten, und dem Konterte des letzteren nur eine etwas veränderte Fassung gegeben, welche dadurch sich erklärt, daß in das dritte Landrecht die weitere Bestimmung des §. 2 aufgenommen wurde, daß Schenkungen auch an Abwesende durch Briefe und Botschaften gemacht und angenommen werden können, eine Bestimmung, welche im zweiten Landrecht noch nicht stand, und welche, da es in dem Stuttgarter Kommissionsprotokoll ausdrücklich heißt, daß es bei dem alten Texte bleiben solle,[66] wahrscheinlich von dem Kanzler Reinhart und dem Geheimenrath Enzlin, wo nicht schon von dem Sekretär Schmidlin herrührt.[67] Zwar findet sich in Haug's Relation eine Stelle aus Moz angeführt, worin gesagt wird, daß die Insinuation sowohl von dem Schenker als dem Beschenkten, vielmehr aber (magis autem) von beiden nachgesucht werden kann; allein abgesehen davon, daß selbst die Moz'sche Ansicht sehr unbestimmt lautet, so kann man nicht einmal annehmen, daß sie der Referent getheilt habe. Jedenfalls sagt er sehr bestimmt, daß nach dem Landrecht die Insinuation durch den Schenkgeber nachgesucht werden müsse,[68] und stellte keinen entgegengesetzten Antrag, wie dieß auch von der Stuttgarter Kommission nach ihrem oben angeführten Protokoll nicht geschehen ist. Jene Stelle aus Moz wurde vielmehr von dem Referenten nur dafür angeführt, daß das Landrecht von dem gemeinen Recht darin abweiche, daß es eine gerichtliche Kognition bei der Schenkung verlange, aber auch

---

[66] Landrechtsakten S. 291.

[67] Vergl. hierüber Landrechtsakten S. 16, 17, 18, 629, 630, 652.

[68] Landrechtsakten S. 208.

in dieser Beziehung beantragt er keine Aenderung desselben. Ganz entsprechend der Nothwendigkeit der Insinuation durch den Schenkgeber lauten auch die Worte in dem §. 9 des Tit. 18 des Thl. II. des Landrechts: „Jedoch wenn die Eltern einem Kinde vor dem andern über 200 Gulden vergeben wollen, so soll solches mit Ergebung redlicher Ursachen vor Gericht gebracht werden", was doch gewiß nur auf die Eltern, welche schenken, bezogen werden kann.

Aber nicht nur nach dem Ausdrucke des Gesetzes und nach der Geschichte desselben ist anzunehmen, sondern auch aus dem gesetzlichen Zwecke der Insinuation von Schenkungen, als einer Schutzwehr gegen Uebereilungen und Betrügereien folgt nothwendig, daß sie durch den Schenkenden geschehen müssen. Hiemit stimmt auch Griesinger[69] überein, wenn er bemerkt, der Schenknehmer könne die wegen unterlassener Insinuation ungiltige Schenkung damit nicht giltig machen, daß er sie nach dem Tode des Schenkers insinuiren lasse.

22) Schenkung von durch Pfandrecht gesicherten Forderungen. Insinuation.

Die Bestimmung des Landrechts Thl. II. Tit. 18 §. 4, wonach alle Schenkungen „an liegenden Gütern, oder andern dergl., so unterm Namen liegender Güter begriffen" ohne Unterschied gerichtlich insinuirt werden sollen, findet keine Anwendung, wenn die Schenkung ein Forderungsrecht zum Gegenstand hat, mag solches gleich durch Unterpfand gesichert seyn, da ein Forderungsrecht auch im Falle seiner Sicherung durch Unterpfand unter dem Namen liegender Güter nicht begriffen werden kann.[70]

Entsch. v. 8. 9. 10. Juli 1862 in S. v. J.'sche Erben c. A.'sche Abw.-Kuratel.

---

[69] Kommentar Bd. 4, S. 999.

[70] Zu den, den liegenden Gütern gleichgeachteten Rechten werden

23) Schenkung der Eltern an Kinder. Widerruf.

Nach der Bestimmung des Landrechts Thl. II. Tit. 18, §. 7 ist zwar nur bezüglich des Vaters gesagt, daß er Macht habe, die einem Kinde gemachte Schenkung während der Dauer der väterlichen Gewalt zu widerrufen; allein die Vergleichung mit §. 8 desselben Titels ergibt, daß dasselbe auch bezüglich der von der Mutter ihren Kindern gemachten Schenkungen gilt, so lange solche in ihrer Gewalt sich befinden. [71]

Entsch. des Obertribunals v. 8. 9. 10. Juli 1862 in S. v. J.'sche Erben c. A.'sche Abw.Kuratel.

24) Schenkungen unter Ehegatten bedürfen zu ihrer Giltigkeit der gerichtlichen Insinuation nicht.

Schenkungen, welche während der Ehe von einem Ehegatten dem andern gemacht worden sind, bedürfen, wenn sie auch den Betrag von 200 fl. übersteigen, zu ihrer Giltigkeit der gerichtlichen Insinuation nicht, soferne nach der Bestimmung des Landrechts Thl. IV. Tit. 4, §. 5 die Ehefrau, wann der Ehemann vor ihr verstorben, das ihr während der Ehe von letzterem Geschenkte ohne Rücksicht auf den Betrag desselben als ein „beständiges Geschenk", als Voraus, ausgefolgt zu verlangen berechtigt seyn soll, wenn nur der schenkende Ehemann die Schenkung bei seinen Lebzeiten nicht widerrufen hat und dasselbe gilt auch von Schenkungen, welche die Frau dem Manne gemacht.

Entsch. des Obertribunals vom 11. Juni 1862 in S. M. c. W.

Realdienstbarkeiten, Reallasten u. s. f. zu zählen seyn. Hofacker, Princ. jur. civ. Tom. II. p. 7. Griesinger, Comm. Bd. 4, S. 622, 1000. Reinhardt, Comm. in Bd. 1. S. 242.

[71] Weishaar, württ. Priv. R. Bd. 3, §. 1098. Reinhardt, Comm. Bd. 1, S. 338. Reyscher, württ. Priv. R. Bd. 2, §. 436, Ziff. 2, Note 10. Anderer Meinung ist Griesinger, Comm. Bd. 4, S. 1006 und Seeger in Sarwey's Monatschrift Bd. 3, S. 407 ff.

25) Die Formalitäten und Beschränkungen des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes für Kauf- und Tauschverträge über liegende Güter finden auch Anwendung, wenn diese mit einem ganzen Vermögenskomplex veräußert werden.

Durch das Gesetz vom 23. Juni 1853, betreffend die Beseitigung der bei Liegenschaftsveräußerungen und insbesondere bei der Zerstückelung von Bauerngütern vorkommenden Mißbräuche sind alle Kauf- und Tauschverträge, welche Gebäude oder Grundstücke zum Gegenstande haben, an gewisse Förmlichkeiten und Beschränkungen gebunden worden. Diese Bestimmungen finden auch Anwendung, wenn Gebäude oder Grundstücke mit einem ganzen Vermögen oder einer ganzen Erbschaft an Dritte veräußert werden. Der Umstand, daß Sachgesammtheiten in gewissen rechtlichen Beziehungen nur als Ganzes in Betracht kommen, kann auf die Frage, ob dieselben im einzelnen Falle als bewegliche oder unbewegliche Sachen zu behandeln sind, keinen Einfluß äußern. Diese Frage läßt sich, soweit keine bestimmten gesetzlichen Vorschriften bestehen, immer nur aus den thatsächlichen Verhältnissen beantworten. Insoweit daher eine Sachgesammtheit aus unbeweglichen Sachen besteht, müssen die rechtlichen Grundsätze über diese Art von Sachen zur Anwendung kommen, soweit sie aus beweglichen Sachen besteht, entscheiden, abgesehen von bestimmten Ausnahmsfällen, die dießfälligen Bestimmungen über bewegliche Sachen. Die gleichen Grundsätze greifen Platz, wenn es sich von einem ganzen Vermögen oder einer Erbschaft handelt, welche gleichfalls nur in gewissen Beziehungen als ein ideales Ganze behandelt werden, während in anderen Richtungen nur auf die einzelnen in der Gesammtheit begriffenen Sachen gesehen wird. So kann namentlich, was den Erwerb des Besitzes und des Eigenthums betrifft, der Uebergang des ganzen Vermögens nur durch Uebertragung des

einzelnen im Vermögen Enthaltenen, durch Traditionen oder Cessionen bewirkt werden. Wird sonach ein ganzes Vermögen, oder eine Erbschaft an einen Dritten veräußert, so kann die Beantwortung der Frage, ob die für alle Kaufverträge, welche Gebäude oder Grundstücke zum Gegenstand haben, gegebenen Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Juni 1853 zur Anwendung kommen, nur davon abhängen, ob im einzelnen Falle unter dem verkauften Vermögen oder der verkauften Erbschaft Gebäude oder Grundstücke begriffen sind oder nicht.

Entsch. des Obertribunals vom 2. Dezember 1862 in S. G. c. K.

26) Bezeichnung der Person des Käufers von Liegenschaft in der Vertragsurkunde. Irrthum des Verkäufers in dieser Beziehung.

Das Gesetz vom 23. Juni 1853 [72] bestimmt im Art. 1, daß alle Kauf- und Tauschverträge, welche Gebäude oder Grundstücke zum Gegenstand haben, bei Strafe der Nichtigkeit schriftlich abgefaßt und von den Kontrahenten oder ihren Bevollmächtigten unterzeichnet seyn müssen; nach Art. 2 a. gehört es ferner zu den wesentlichen Erfordernissen der Vertragsurkunde, daß sie die Namen der Kontrahenten enthalte, und nach Art. 3 ist die nachträgliche Nennung weiterer Theilhaber oder eines anderen als des in der Vertragsurkunde genannten Kontrahenten nicht zu beachten. Ist in der Vertragsurkunde nur Ein Käufer genannt, so kann daher nur dieser genannte Käufer als solcher in Betracht kommen, und wenn auch in Wirklichkeit an den der Abfassung der Urkunde vorausgegangenen mündlichen Verabredungen eine dritte Person als Mitkäufer sich betheiligt haben sollte, so wäre dieß

[72] Reg.-Blatt S. 243 ff. Bezüglich der Auslegung einzelner Bestimmungen dieses Gesetzes vergl. Tafel, Civilrechtssprüche Bd. 3, S. 255 ff. Reuffer, Zeitschr. Bd. 1, S. 46 ff. Dieses Archiv Bd. 3, S. 192 und S. 140 ff.

in Folge der angeführten gesetzlichen Bestimmungen ohne rechtliche Bedeutung. Hieraus folgt, daß, wenn der Verkäufer behauptet, er seye von dem in der Vertragsurkunde genannten Käufer arglistiger Weise in den Irrthum versetzt worden, es handle sich von einem Vertrage, bei welchem noch ein Dritter als Mitkäufer betheiligt seye, hiedurch die Beweiskraft der Urkunde nur dann mit Erfolg angegriffen werden könnte, wenn der Verkäufer solche Umstände anzuführen vermöchte, welche darthun würden, daß in ihm von Seiten des in der Urkunde genannten Käufers die irrige Meinung erregt worden sey, neben letzterem sey ein Dritter in der Vertragsurkunde als Mitkäufer genannt. Denn da ohne diese namentliche Aufführung in der Urkunde ein Kaufvertrag mit einem weiteren Käufer als Mitkäufer nicht zur rechtlichen Existenz gelangen könnte, so wäre die irrige Meinung, daß trotz der Benennung Eines Käufers in der Vertragsurkunde dennoch ein zweiter Mitkäufer sey, ohne rechtliche Bedeutung und deshalb nicht zu beachten.

Entsch. des Obertribunals v. 12. Okt. 1859 in S. B. c. R.

27) Bezeichnung des Gegenstands eines Kaufvertrags über liegende Güter in der Vertragsurkunde.

Nach dem Gesetze vom 23. Juni 1853 wird zur formellen Giltigkeit eines Kaufvertrags über Gebäude oder Grundstücke die bestimmte Bezeichnung der Vertragsgegenstände erfordert. Diese Bestimmung kann nicht so verstanden werden, als ob von jedem einzelnen Gebäude oder Grundstücke ein genaues, die äußerliche Beschaffenheit desselben darstellendes Bild in der Kaufsurkunde gegeben werden müsse, sondern es genügt eine solche Bezeichnung, vermöge deren die betreffenden Objekte in ihrer Individualität erkannt und von anderen Objekten unterschieden werden können. Was zu einer derartigen Beschreibung gehört, kann nicht für alle Fälle zum Voraus bestimmt

werden, vielmehr sind in dieser Hinsicht die thatsächlichen Verhältnisse des einzelnen Falls zu berücksichtigen.[73]

Entsch. des Obertribunals vom 1. März 1862 in S. St. c. B.

28) Fällt die Ersteigerung von Exekutionsgegenständen durch den Schuldner selbst unter den rechtlichen Begriff eines Kaufs?

Wird Behufs der Hilfsvollstreckung zum obrigkeitlichen Verkaufe von Vermögensobjekten des Schuldners

---

[73] Vergl. auch Bd. 3 dieses Archivs S. 140 ff. In Tafel's Civilrechtssprüchen Bd. 5, S. 230 f. wird eine Entsch. des Gerichtshofs zu Eßlingen v. 11. Januar 1861 mitgetheilt, welche mit dem in obiger Entscheidung angenommenen Grundsatze nicht im Einklang steht, und wohl auch nicht für gerechtfertigt erkannt werden kann. Die Urkunde war in A., dem Wohnorte des Verkäufers, ausgestellt, und der Gegenstand des Kaufs dahin bezeichnet: „Das Häusle neben Sch. in der Erbsengasse, wie es Abraham K. (der Verkäufer) von N. bekommen hat.“ Diese Bezeichnung war so bestimmt, daß jeder Dritte das verkaufte Häusle finden konnte, wenn er in die Erbsengasse in dem Wohnorte des Verkäufers ging, und es ist nicht denkbar, daß über die Identität des „Häusle's“ irgend ein Streit sollte haben entstehen können, zumal auch noch der frühere Besitzer desselben angegeben war. Mehr will aber das Gesetz nicht, als daß die Identität des Vertragsgegenstandes durch die Bezeichnung in der Urkunde außer Zweifel gestellt, und dadurch möglichen Streitigkeiten hierüber vorgebeugt werden solle. Ist die Bezeichnung des Verkaufsgegenstands in der Urkunde von der Art, daß nach den Verhältnissen des gegebenen Falls ein vernünftiger Zweifel über die Identität nicht wohl möglich ist, so ist dem Gesetze Genüge geschehen, und der Zweck desselben erreicht, ein Grund zur Beanstandung der Bezeichnung somit nicht vorhanden. Geht man darüber hinaus, so wird dieß leicht dahin führen, statt des beabsichtigten Erfolges der Gesetzesbestimmung das Gegentheil zu bewirken, und anstatt Streitigkeiten abzuschneiden, der Chikane die Thüre zu öffnen. Man muß nur stets im Auge behalten, was das Gesetz durch seine Vorschrift bezwecken will, dann wird man nicht leicht fehl gehen. Zu welchen zweckwidrigen Skrupulositäten es führt, wenn man nur die Worte des Gesetzes und nicht zugleich den Geist und Sinn desselben in's Auge faßt, dafür zeugt auch die in Neuffer's Zeitschrift Bd. 1, S. 46 ff. mitgetheilte Entscheidung eines Gerichtshofs, vergl. dieses Archiv Bd. 3, S. 192.

geschritten, so kann nach Art. 35 des Exekutionsgesetzes vom 15. April 1825 der Schuldner selbst an der Kaufhandlung Theil nehmen, wenn er wegen pünktlicher Bezahlung des Kaufschillings alsbald volle Sicherheit leistet. Ersteigert der Schuldner in Folge dessen seine eigene Sache, so entsteht die Frage, unter welchen rechtlichen Begriff dieses Geschäft fällt. Hierüber sprach sich das Obertribunal in einem Falle, in welchem der Gemeinschuldner die in seiner Gantmasse befindliche Liegenschaft selbst wieder ersteigert hatte, folgendermaßen aus:[74] Da das Eigenthum des Gemeinschuldners nicht durch die Eröffnung des Gants an die Gesammtheit der Gläubiger, sondern nur durch den Verkauf und durch Tradition an den Käufer übergeht, ein Satz, der in den Gesetzen (l. 3 D. de cess. bon. (42, 3) — l. 4 Cod. qui bon. ced. (7, 71) — l. 6 l. 8 Cod. de bon. auct. jud. (7, 72.) — Exekut.-Ges. Art. 74) begründet und von den württ. Gerichten stets befolgt worden ist,[75] so würde, wenn der Kauf des Gemeinschuldners als wirklicher Kauf anzusehen wäre, nicht nur der natürliche Rechtssatz verletzt, daß Niemand seine eigene Sache kaufen kann, sondern es würde auch die weitere Anomalie entstehen, daß in Folge dieses Geschäfts des Gemeinschuldners zur Masse desselben, also zu seinem Vermögen, eine Forderung aus dem Kauf gegen ihn selbst käme, also eine Ausnahme auch von dem Grundsatz der confusio einträte, wonach durch Zusammentreffen der Forderung und Schuld in derselben Person letztere erlischt. Dieß scheint zu der Annahme zu führen,

---

[74] Der Rechtsfall, welchem obige Sätze entnommen sind, findet sich vollständig mitgetheilt in Tafels Civilrechtssprüchen Bd. 5, S. 94 ff.

[75] Entsch. des Obertribunals v. 7./17. April 1834, 13. Juni 1849, 12. Okt. 1849, 1. Febr. 1853 und 26. Juni 1857. Berner, das Organisationsedikt, S. 89. Seuffert, Archiv Bd. 3, Nro. 245, Bd. 6, Nro. 304. Bayer, Konkursprozeß §. 23. Northoff im Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. 9, S. 2 ff. Anderer Meinung ist Sarwey in der Monatschrift Bd. 20, S. 87 ff.

daß in der That durch ein solches Geschäft nur die alte Schuld bezahlt oder angeborgt werde, je nachdem der Kaufschilling baar bezahlt oder angeborgt wird. Allein bei dieser Annahme ließe sich nicht erklären, daß der Gemeinschuldner (welcher seine für eine Schuld verpfändete Sache ersteigert) durch baare Zahlung oder Anborgung des Kaufschillings, wenn er auch den Betrag der Pfandschuld nicht erreicht, gegen die weiteren Angriffe des Pfandgläubigers, nnd in diesem Gante auch gegen die Angriffe der übrigen Gläubiger geschützt seyn und die Sache sollte behalten dürfen.[76] Man muß daher annehmen, daß trotz jener Anomalien das Gesetz den Abschluß eines wahren Kaufs durch den Schuldner zulassen wollte, wofür auch der Wortlaut des Art. 35 und ebenso die Bekanntmachung der Ministerien der Justiz und der Finanzen v. 28. Mai 1832 (Reg.-Bl. S. 218, 219) sprechen. (Vergl. Verh. d. K. d. St. v. 1851 bis 1855, 4. Beil. Bd. S. 1074—1075. Verh. d. K. d. A. v. 1854 bis 1855, 1. Beil. Bd. S. 919). Der Schuldner als Käufer ist daher in den gleichen rechtlichen Verhältnissen, wie ein dritter Käufer.[77]

Entsch. des Obertribnnals v. 12. Januar 1861 in S. R. und B. c. L.'sche Erben.

---

[76] An der persönlichen Haftung des Schuldners für seine früheren Schulden wird durch seine Ersteigerung eines in der Gantmasse befindlichen Unterpfands natürlich nichts geändert; die Folge ist nur, daß die von dem Schuldner ersteigerte Sache für seine früheren Schulden nicht mehr haftet, und der Gantmasse entzogen wird, wie wenn ein Dritter dieselbe erkauft hätte. Vergl. auch Bolley, Comm. Bd. 2, S. 397 f.

[77] Man kann zugeben, daß die Ersteigerung der eigenen Sache durch den Schuldner in manchen Beziehungen dieselben rechtlichen Wirkungen hat, wie wenn sie ein Dritter erkauft hätte; allein ein Kauf der eigenen Sache ist rechtlich undenkbar, und es kann daher auch die Ersteigerung der eigenen Sache durch den Schuldner nicht unter den rechtlichen Begriff eines Kaufs dieser Sache fallen. Unzweifelhaft ist es ein Vertrag des Schuldners mit der Gesammtheit seiner Gläubiger, wenn jener bei dem öffentlichen Aufstreiche seine eigene

29) Wirkung des Eigenthumsvorbehalts bei dem Verkauf beweglicher Sachen.

Ein Gerichtshof hatte angenommen, daß nach Art.

Sache ersteigert, da er mit sich selbst unmöglich einen Vertrag abschließen kann. Den Gegenstand des Vertrags können daher auch nur solche Rechte bilden, welche den Gläubigern bezüglich jener Sache zustehen, und diese Rechte der Gläubiger beschränken sich darauf, die Sache des Schuldners, seye es auf Grund eines Pfandrechts oder auf Grund der Bestimmungen des Exekutionsgesetzes als Befriedigungsmittel für ihre Forderungen in Anspruch nehmen zu dürfen. Wenn dem Schuldner die dem Exekutionsverkaufe ausgesetzt gewesene eigene Sache gegen Bezahlung einer bestimmten Summe von seinen Gläubigern wieder überlassen wird, so kann dieß daher keinen andern Sinn haben, als daß die Gläubiger hiemit ihrem Rechte, die fragliche Sache Behufs der Befriedigung um ihre Forderungen in Anspruch zu nehmen, entsagen, und sich anstatt jener Sache selbst mit einer gewissen von dem Schuldner dafür zu zahlenden Summe als Exekutionsmittel begnügen, woraus dann von selbst folgt, daß auch das Pfandrecht nur noch bezüglich letzterer Summe und nicht mehr für die ursprüngliche Summe, wofür die Sache zuvor verpfändet gewesen, wirksam seyn kann. Eine neue Schuld ist es somit allerdings, welche der Schuldner seiner Gläubigerschaft gegenüber übernimmt, wenn er dieser für die Freigebung seines Eigenthums eine bestimmte Summe zu bezahlen verspricht, und es bezahlt der Schuldner, wenn er diese Summe bezahlt, nicht seine alten Schulden an seine Gläubiger, sondern er tilgt eine der Gesammtheit der letzteren gegenüber übernommene neue Obligation, aber mit der vertragsmäßigen Zweckbestimmung, daß die gezahlte Summe an der Stelle des freigegebenen Eigenthums des Schuldners ein Exekutionsmittel zu Bezahlung der alten Schulden abgeben solle. Hienach hat der fragliche Vertrag zwar ähnliche Wirkungen, wie der Kauf der Sache durch einen Dritten, allein dadurch wird jener Vertrag nicht selbst zu einem Kaufvertrag über die Sache, was er seinem Inhalte nach niemals seyn kann. Wie mir scheint, muß daher der Vertrag vielmehr den unbenannten Verträgen beigezählt werden. Das Gesetz spricht allerdings von einer Theilnahme des Schuldners an der Kaufhandlung und von Bezahlung des Kaufschillings; allein es ist dieß eben eine juristische Ungenauigkeit, welche an dem Wesen der Sache und der rechtlichen Natur des Verhältnisses nichts ändern, und auf welche um so weniger Gewicht gelegt werden kann, als die fragliche Gesetzgebung durch juristische Schärfe sich überhaupt nicht auszeichnet.

259 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 und Art. 16 des Pfandentwicklungsgesetzes vom 21. Mai 1828 ein Eigenthumsvorbehalt auf beweglichen Sachen, welche dem Käufer übergeben werden, ohne alle rechtliche Wirkung seye und zwar ohne Ausnahme, auch in den im Pfandgesetz Art. 45, Abs. 2 bei Liegenschaften ausgenommenen Fällen, wenn durch den Vorbehalt nach der unzweifelhaften Absicht der Kontrahenten die Uebertragung des Eigenthums aufgeschoben werden soll oder die Auflösung des ganzen Vertrags für den Fall der Nichtbezahlung des Kaufschillings als bedungen erscheint.[78] Diese Ansicht wurde von dem Obertribunal in einer neueren Entscheidung nicht für richtig erkannt und es besagen dießfalls die Motive:[79] der Art. 259 des Pfandgesetzes[80] rührt von den Ständen her. Die Kommission der Kammer der Abg. beantragte ihn, und zwar in einer Fassung, welche die Worte „die Sicherstellung einer Forderung einzig bezweckender" nicht enthielt. Diese beschränkenden Worte wurden erst bei der Berathung, als gegen den Antrag überhaupt Bedenken wegen zu tiefen Eingreifens in den Privatverkehr erhoben worden waren, auf Antrag des Berichtserstatters v. Bolley aufgenommen und der so beschränkte Antrag der Kammer von der Regierung genehmigt.[81] Allerdings sprachen gegenüber von jenem Bedenken zunächst Mehrere sich für den Antrag der Kommission deshalb aus, weil dergleichen mit

---

[78] Hufnagel, Belehrung (4. Auflage) Bd 1, S. 255, 256.

[79] Der Rechtsfall, welcher die im Texte mitgetheilte Entscheidung veranlaßte, wird auch mitgetheilt von Tafel, Civilrechtssprüche Bd. 4, S. 282 ff.

[80] Derselbe lautet: „Ein die Sicherstellung einer Forderung einzig bezweckender Eigenthums- oder Pfandrechtsvorbehalt auf beweglichen Sachen, welche dem Käufer übergeben werden, ist unzuläßig."

[81] Verh. d. K. d. Abg. von 1824, 11. H. S. 912, 913. 3tes außerord. Beil. H. S. 325, 412, 448.

dem System des neuen Pfandgesetzes nicht mehr verträgliche Vorbehalte in dem gemeinen Leben so zur Sitte geworden seyen, daß eine Bestimmung hierüber nothwendig sey, und weil durch diese Bestimmung Mißbräuche abgestellt werden, die namentlich der Viehhandel in seiner Gewalt gehabt habe. Nachher wurde aber der Antrag der Kommission nur mit dem beschränkenden, von dem Berichterstatter beantragten Zusatz angenommen, und dieser Zusatz hat eben die Bedeutung, daß auch hier bei beweglichen Sachen rücksichtlich des Eigenthums- und Pfandrechtsvorbehalts das Gleiche gelten sollte, was der Art. 45 bei unbeweglichen Sachen bestimmt. Der Berichterstatter hat bei seinem Zusatzantrage nach der amtlichen Ausgabe des Protokolls zwar nicht ausdrücklich auf diese Bestimmung des Art. 45 hingewiesen. Allein abgesehen davon, daß bei der Kürze der damaligen Protokolle dieß geschehen und nur nicht in das Protokoll aufgenommen worden seyn kann, so führt schon der Wortlaut auf diese Bedeutung des Zusatzes, welche ihm auch von den Kommentatoren des Pfandgesetzes und am bestimmtesten in dem Kommentar des Berichtserstatters selbst beigelegt wird. [82]

Auch die Begleitungsnote zu dem Entwurfe des Pfandentwicklungsgesetzes geht hievon aus, wenn sie bei Aufzählung der schon durch das Pfandgesetz bewirkten Vereinfachung der Lehre von den Absonderungsrechten auch anführt, daß der Vorbehalt des Eigenthumsrechts einzig zur Sicherstellung einer Vertragsforderung sowohl bei unbeweglichen als bei beweglichen Sachen (Pfandges. Art. 45 und 259) nicht mehr ein Absonderungsrecht begründen könne. Es fragt sich nun allerdings, ob so der materielle Zweck des Kommissionsantrags noch erreicht wird. Wie aus der ausdrücklichen Hinweisung auf den

---

[82] Seeger, Bd. 2, S. 194. Mayer, Bd. 2, S. 348. Bolley, Bd. 2, S. 589.

Viehhandel in demselben und der obengedachten Art der Vertheidigung desselben hervorgeht, sollte nämlich nicht blos ausgesprochen werden, daß der bloße Vorbehalt des Pfandrechts oder Eigenthums, welch' letzterer Ausdruck nach der gewöhnlichen Absicht der Parteien die gleiche Bedeutung habe, nicht mehr ein Pfandrecht konstituiren könne, sondern auch die Sicherheit des Verkehrs namentlich beim Viehhandel dadurch erreicht werden, daß der Käufer eines Stück Vieh's nicht mehr ein darauf haftendes dingliches Recht eines Dritten zu besorgen haben sollte. Dieser letztere Zweck wird nun mehr, wenigstens nicht mehr vollständig erreicht, wenn ein wahrer Eigenthumsvorbehalt im Sinn des Absatzes 4 des Art. 45 wirksam bleibt. Allein insoweit ist eben von Erreichung des Zwecks, den die Kommission im Auge hatte, durch Annahme des beschränkenden Zusatzes wieder abgestanden worden. [83]

An dieser Gesetzesbestimmung des Art. 259 ist aber auch durch den Art. 16 des Pfandentwicklungsgesetzes nichts geändert worden. [84] Auch diese Gesetzesbestimmung rührt von den Ständen her. In dem Gesetzesentwurf Art. 36 war unter den Absonderungsberechtigten aus dem Grunde des Eigenthums aufgeführt:

„4) der Verkäufer einer ohne Anborgung des Kaufschillings verkauften, beweglichen oder unbeweglichen Sache, wenn der Kaufpreis noch nicht oder nicht vollständig bezahlt ist.“

---

[83] Siehe auch Seeger a. a. O. S. 195.

[84] Dieser Artikel lautet: „Wird eine bewegliche Sache verkauft, so geht durch deren Uebergabe an den Käufer das Eigenthum auf diesen über, auch wenn die baare Bezahlung des Kaufschillings bedungen worden, und solche nicht erfolgt ist.“ „Ein Eigenthums- oder Pfandrechtsvorbehalt auf der verkauften und übergebenen beweglichen Sache ist auch in diesem Fall unzuläßig (vgl. Pf.-Ges. Art. 259.) Der gemeinrechtliche Grundsatz, daß, wenn nicht der Kaufschilling angeborgt worden, das Eigenthum nur durch dessen Bezahlung auf den Käufer übergehe, ist in Beziehung auf bewegliche Dinge hiemit aufgehoben.“

Die Kommission fand sich hiedurch zu einem Antrag veranlaßt, den sie in folgender Weise stellte und begründete:

„Es hat die Gesetzgebung durch die Bestimmung im Art. 259: „ein die Sicherstellung einer Forderung einzig bezweckender Eigenthums- oder Pfandrechtsvorbehalt auf beweglichen Sachen, welche dem Käufer übergeben werden, ist unzuläßig", offenbar im Interesse des Verkehrs disponirt; in diesem Sinne nun sollte sie unseres Erachtens noch weiter gehen, namentlich weiter, als in dem vorliegenden Art. 36. Der Verkäufer eines Stück Vieh's auf Borg z. B. kann sich nun auf demselben kein Eigenthums- oder Unterpfandsrecht mehr vorbehalten; dagegen soll er nach Art. 36 Eigenthümer des Stück Viehes bleiben, wenn er sich nur baare Bezahlung bedungen hat. Die Gefahr ist für den Dritten ganz gleich, er kann im letzteren Fall sowenig als im ersteren das Eigenthum des Verkäufers erkennen, und es würde nicht fehlen, daß die Cautele entstände, immer, wenn auch nur zum Schein, auf baares Geld zu verkaufen. Daher möchten wir den Vorschlag machen: in Ziff. 4 des Art. 36 die bewegliche Sache wegzulassen und ausdrücklich zu disponiren, daß bei der Uebergabe einer verkauften beweglichen Sache die Nichtbezahlung des bedungenen baaren Kaufschillings den Uebergang des Eigenthums auf den Käufer nicht aufhalte."

Dieser Antrag wurde von der Kammer angenommen und von der Regierung genehmigt.[85]

Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Kommission und namentlich ihr Berichterstatter, der Abg. Hufnagel, bei Begründung jenes Antrags nicht von der Ansicht ausging, der Art. 259 des Pfandgesetzes schließe im Interesse des Verkehrs jeden Eigenthumsvorbehalt aus. Dieß wäre eben eine unrichtige juristische Ansicht. Die Frage

[85] Verh. d. K. d. Abg. von 1828, 2. außerord. Beil. H. S. 140, 4. außerord. Beil. H. S. 208, 7. Heft S. 1796, 1797, 1866, 1898.

ist, ob nicht in dem Absatze 2 des Art. 16 des Pfandentwicklungsgesetzes diese Bestimmung und damit eine Abänderung des Art. 259 des Pfandgesetzes getroffen worden ist. Allein diese Bestimmung des Abs. 2 des Art. 16 ist bei den ständischen Verhandlungen gar nicht zur Sprache gebracht, sondern erst bei der Redaktion des Gesetzes von der Regierung beigefügt worden. Es würde also an der nöthigen Verabschiedung mit den Ständen fehlen, wenn die Regierung die Absicht gehabt hätte, damit den Art. 259 des Pfandgesetzes abzuändern. Allein eine solche Absicht kann sowohl aus diesem Grund, als nach der Fassung, wonach die Bestimmung des Art. 259, welcher ausdrücklich angeführt ist, nur auch für den Fall der bedungenen Baarzahlung festgesetzt oder vielmehr wiederholt werden soll, nicht angenommen werden. Es ist vielmehr anzunehmen, daß es blos auf einem Versehen beruht, wenn die Beschränkung auf einen die Sicherstellung einer Forderung einzig bezweckenden Eigenthumsvorbehalt nicht ausgedrückt worden, daß in dieser Beziehung aber keine Aenderung beabsichtigt worden ist. Bolley[86] erwähnt auch bei der Erklärung des Art. 16, Abs. 2 mit keiner Sylbe, daß dadurch der Art. 259 des Pfandgesetzes eine Abänderung erlitten habe. Und auch Wächter[87] führt den Art. 16 bei dem lediglich die Sicherheit des Kaufpreises bezweckenden Eigenthumsvorbehalt an.

Der Eigenthumsvorbehalt bei einer verkauften und übergebenen beweglichen Sache ist also, wie bei unbeweglichen Sachen, nur dann als wahrer und eigentlicher Eigenthumsvorbehalt wirksam, wenn er nicht lediglich die Sicherheit des Kaufpreises bezweckt. Wann aber dieß anzunehmen ist, hiefür ist die Bestimmung des Art. 45, Abs. 2 des Pfandgesetzes maßgebend.[88] Auch diese Be-

---

[86] Comm. Bd. 3, S. 1160 ff.

[87] Handb. des württemb. Priv.-R. Bd. 1, S. 993. Note 84.

[88] Der Art. 45 lautet in seinem ganzen Umfang so: „In dem hievor erwähnten Falle, wie in Fällen des freiwilligen Verkaufs, be-

stimmung rührt von den Ständen her. Der Gesetzesentwurf enthielt nur: „§. 46. Ein Eigenthumsvorbehalt zu mehrerer Sicherstellung der angeborgten Kaufschillingsforderung ist in dem §. 45 erwähnten Falle, sowie in Fällen des freiwilligen Verkaufs nicht zulässig.“ Die Kommission der Kammer der Abgeordneten fand jedoch keinen Grund für eine solche unbedingte Unzulässigkeit und erklärte: „Nur hat man dabei weniger die Worte, als die Absicht der Kontrahenten zu beachten. In der Regel bezweckt man damit allerdings nichts, als die Sicherstellung des angeborgten Kaufpreises, und die Kontrahenten sind weit von der Absicht entfernt, daß durch den Eigenthumsvorbehalt entweder die Uebertragung des Eigenthums auf den Käufer bedingt oder daß, im Fall der Eigenthumsvorbehalt geltend gemacht würde, hiedurch der ganze Kontrakt rückwärts in der Art aufgelöst werden soll, daß der Verkäufer auch den empfangenen Kaufpreis zurückzugeben hätte. Vielmehr wird der Eigenthumsvorbehalt gewöhnlich geltend gemacht, auch wenn am Kaufpreise schon weit mehr bezahlt worden ist, als der jetzige Werth der Sache noch beträgt. Unter dieser Voraussetzung kann der Eigenthumsvorbehalt ebensowohl, wie der Unterpfandsvorbehalt, nur als ein Pfandrechtstitel betrachtet werden. .... Anders wäre es freilich, wenn entweder der Kaufschilling gar nicht angeborgt, mithin die Eigenthumsübertragung dadurch, daß der Kaufschilling bezahlt

---

gründet der, einzig die Sicherstellung der Kontraktsforderung bezweckende Rechtsvorbehalt auf der veräußerten Sache, mag er als Eigenthums- oder als Unterpfandsvorbehalt bezeichnet seyn, nur einen Pfandrechtstitel, mithin nur in Folge der Eintragung in das Unterpfandsbuch ein wirkliches Unterpfandsrecht. Dagegen kann durch einen Vorbehalt ein wahres Eigenthumsrecht alsdann erhalten werden, wenn durch denselben nach der unzweifelhaften Absicht der Kontrahenten die Uebertragung des Eigenthums aufgeschoben werden soll, oder wenn die Auflösung des ganzen Vertrags für den Fall der Nichtbezahlung des Kaufschillings als bedungen erscheint.“

werde, bedingt, oder wenn nach der unzweifelhaften Absicht der Kontrahenten durch die Nichtbezahlung der Kontrakt rückwärts aufgelöst werden soll." Die Kommission beantragte hierauf die Bestimmungen des jetzigen Art. 45, welche von der Kammer angenommen und von der Regierung genehmigt wurden. [89]

Wie sehr nun die gesetzgebenden Faktoren davon ausgingen, daß bei einem Eigenthumsvorbehalt als Absicht der Parteien in der Regel nur eigentlich ein Pfandrechtsvorbehalt und eine andere Absicht nur bei ganz unzweifelhafter Erklärung einer solchen anzunehmen sey, geht auch aus den Bestimmungen der §§. 187 und 188 der Hauptinstruktion vom 14. Dez. 1825 hervor. [90]

Die Fassung: „ein einzig die Sicherung einer Forderung bezweckender Eigenthumsvorbehalt" ist nun freilich nicht glücklich gewählt. Denn auch bei der unzweifelhaften Absicht der Parteien, den Uebergang des Eigenthums bis zu erfolgter Bezahlung des Kaufschillings zu suspendiren oder, wenn die Zahlung nicht erfolgt, wieder zu resolviren, hat diese Vertragsbestimmung in der Regel ebenfalls einzig den Zweck, die Kaufschillingsforderung zu sichern, nur daß es hier durch das dingliche Recht des Eigenthums und nicht durch das dingliche Recht des Pfands

---

[89] Verh. d. K. d. Abg. v. 1823/24. 3. außerord. Beil. H. S. 46, 231—233, 289, 304, 381, 437. 9. H. S. 755, 756.

[90] Diese übrigens nur von dem Eigenthumsvorbehalt bei dem Verkaufe unbeweglicher Sachen handelnden §§. lauten dahin: §. 187. „Ist bei einem Verkauf ein Eigenthumsvorbehalt ohne nähere Bestimmung ausgedrückt worden, so kann keine andere Absicht als Sicherstellung des Kaufpreises (§. 184) angenommen werden . . ." §. 188. „Ist dagegen die Absicht der Betheiligten bei dem Eigenthumsvorbehalt dahin gerichtet, daß der Käufer vor der Bezahlung des Kaufschillings auf keine Weise als Eigenthümer zu betrachten, mithin zur Ausübung von Eigenthumsrechten gar nicht befugt, oder daß im Falle der Nichtbezahlung des Kaufschillings der ganze Vertrag rückwärts aufgelöst seyn soll, so muß diese Absicht in der Vertragsurkunde bestimmt ausgedrückt werden."

erreicht werden soll.[91] Nach der Entstehungsgeschichte des Art. 45 ist der Sinn desselben vielmehr so auszudrücken:

[91] Die Ansicht, daß ein Eigenthumsvorbehalt auch dann rechtlich wirksam seyn könne, wenn die Sicherung des Kaufschillings als einziger Zweck desselben sich darstelle, dürfte Bedenken unterliegen. Das Gesetz erklärt einmal ganz allgemein und ausnahmslos jeden Eigenthumsvorbehalt, welcher die Sicherstellung einer Vertragsforderung zu seinem einzigen Zwecke hat, für ungiltig und unwirksam, und hiemit ist, wie mir scheint, die völlige Unstatthaftigkeit des Vorbehalts als Sicherungsmittel der Kaufschillingsforderung ausgesprochen. Es müßte daher, um dem Gesetze eine andere Deutung geben zu können, aus der Geschichte seiner Entstehung unzweideutig erhellen, daß der Gesetzgeber etwas Anderes sagen wollte, als er wirklich gesagt hat. Dieß scheint mir aber nicht der Fall zu seyn, vielmehr spricht der offenbare Zweck des Gesetzes, die durch Vorbehalte der fraglichen Art gefährdete Sicherheit des Verkehrs wieder herzustellen, für eine dem Wortlaute entsprechende Auslegung des Gesetzes, da diese jenem Zwecke am meisten entspricht. Nach meiner Ansicht ist daher ein Eigenthumsvorbehalt nur dann rechtlich statthaft und wirksam, wenn die Erhaltung oder Wiedererlangung des Eigenthums für gewisse Fälle Selbstzweck des Vorbehalts, und nicht blos das Mittel zum Zwecke der Sicherung der Vertragsforderung, somit für den Fall, daß von dem Vorbehalt Gebrauch gemacht wird, die Auflösung des ganzen Geschäfts, nicht aber die Erlangung der Bezahlung der aus demselben entsprungenen Vertragsforderung beabsichtigt ist. Wo der Vorbehalt dazu dienen soll, den Verkäufer für den Fall der Säumniß des Käufers in Erfüllung seiner Verbindlichkeit die Mittel zu verschaffen, sich für seine Forderung aus dem Vertrage bezahlt zu machen, muß nach meiner Ansicht der Vorbehalt unter allen Umständen für rechtlich unstatthaft und wirkungslos erklärt werden. Es scheint mir dieß auch mit den von der Kommission der K. d. A. für die Bestimmung des Art. 45 geltend gemachten Gründen, wie sie oben angeführt worden, übereinzustimmen, und auch Weishaar, württ. Priv.-R. Bd. 3, §. 1350, Reyscher, württ. Priv.-R. Bd. 2, §. 479 und Wächter, württ. Priv.-R. Bd. 1, S. 993 f., Note 84 stellen ganz allgemein und ohne eine Ausnahme zu machen, den Satz auf, daß der Eigenthumsvorbehalt als Sicherungsmittel der Kaufschillingsforderung bei beweglichen Sachen für wirkungslos erklärt worden seye.

Eine zweckmäßige Bestimmung enthält der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, welcher den Berathungen eines deutschen Obligationenrechts durch die in Dresden tagende Bundeskommission als Leitfaden dient, indem derselbe in dem, das Recht

bei einem Eigenthumsvorbehalt des Verkäufers bis zu Bezahlung des Kaufpreises ist als Regel anzunehmen, daß die Parteien nur einen Pfandrechtsvorbehalt im Auge hatten, und für die Ausnahme, daß ihre Absicht wirklich auf eine solche Suspendirung oder Resolvirung des Eigenthums selbst ging, wird eine besondere unzweifelhafte Willenserklärung erfordert.[92] Diese Gesetzesbestimmung entspricht jetzt freilich nicht mehr der Wirklichkeit. Denn gerade weil der Pfandrechtsvorbehalt beim Verkauf einer unbeweglichen Sache nur noch einen Pfandrechtstitel, beim Verkauf und der Tradition einer beweglichen Sache aber gar nichts mehr wirkt, ist, nachdem zumal die Herrschaft der Pfandgesetzgebung schon über 30 Jahre dauert, die Annahme nicht mehr begründet, die Parteien haben bei Stipulirung eines Eigenthumsvorbe-

der Schuldverhältnisse begreifenden II. Theil im Art. 373 bestimmt, daß bei beweglichen Sachen der Eigenthumsvorbehalt gegen Dritte keine Wirkung habe, und bei unbeweglichen Sachen nach Art. 372 nur dann, wenn der Eigenthumsvorbehalt dem dritten Besitzer bekannt oder im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen war.

[92] Die Annahme, daß die gesetzgebenden Faktoren davon ausgegangen, daß in der Regel ein Pfandrechtsvorbehalt als beabsichtigt anzunehmen, scheint mir durch das hiefür Angeführte nicht begründet zu seyn; die Hauptinstruktion insbesondere a. a. O. sagt nur, daß bei einem Eigenthumsvorbehalt ohne nähere Bestimmung die Sicherstellung des Kaufpreises als beabsichtigt anzunehmen seye, und höchstens nur von einer hierauf gehenden Rechtsvermuthung könnte daher nach meiner Ansicht die Rede seyn. Man wird aber überhaupt nicht annehmen können, daß das Gesetz eine Rechtsvermuthung, **praesumtio juris**, geschaffen habe, da das Gesetz selbst hievon nichts enthält. Welche Absicht die Parteien bei einem Eigenthumsvorbehalt hatten, wird stets nach den Umständen des einzelnen Falls zu beurtheilen seyn, wobei es aber allerdings nicht sowohl auf die in solchen Fällen häufig nur zum Scheine gebrauchten Worte, nicht darauf, als was die Kontrahenten den Vorbehalt Dritten gegenüber erscheinen lassen wollten, sondern nur darauf ankommen wird, was sich nach Erwägung aller Umstände als die wirkliche Absicht der Parteien darstellt. In der Regel wird dieß freilich zu der Annahme führen, daß die Parteien nur die Sicherung des Kaufschillings beabsichtigt haben.

halts in der Regel nur einen so unwirksamen Pfandrechtsvorbehalt im Sinne.[93] Allein diese Annahme ist einmal der ausgesprochene Wille des Gesetzgebers und muß daher auch vom Richter zu Grund gelegt werden.

Entsch. des Obertribunals vom 5. Febr. 1861 in S. R'sche Erben c. K.

30) Der zahlende Bürge kann die Abtretung der Klagen auch gegen den Käufer der für die verbürgte Schuld bestellten Unterpfänder verlangen.

Sowohl nach gemeinem als nach württembergischem Recht kann der Bürge vor der Zahlung von dem Gläubiger die Abtretung seiner Klagen, insbesondere auch die Abtretung der Pfandklage beanspruchen.[94] Ist aber das für die verbürgte Schuld bestellte Unterpfand zur Zeit der Belangung des Bürgen bereits verkauft, so kann dieser, falls der Kaufschilling noch aussteht, verlangen, daß ihm, bevor er zahlt, die Klagen gegen den Käufer des Unterpfands und dessen etwaige Bürgen abgetreten werden.[95]

---

[93] Daß der Vorbehalt wirksam seyn solle, werden die Parteien stets beabsichtigen; allein darauf kann es nicht ankommen, sondern die Frage ist, ob der Vorbehalt im einzelnen Fall so, wie er gemacht worden, giltig gemacht werden konnte, was voraussetzt, daß er nicht nur seiner äußeren Erscheinung, sondern auch seinem Wesen nach lediglich die Erhaltung oder Wiedererlangung des Eigenthums, nicht aber die Sicherung der Vertragsforderung zu seinem Zwecke hat, und dieß wird in der Regel zu verneinen seyn. Vergl. auch die von Tafel, Civilrechtssprüche Bd. 4, S. 147 ff. mitgetheilte Entsch. des Obertribunals v. 18. Okt. 1859.

[94] cst. 2, 11. 14, 21. Cod. de fidej. et mand. (8, 41.) Landrecht Thl. II., Tit. 5, §. 5.

[95] Hat der Bürge auf die Einrede der Vorausklage nicht verzichtet, so bedarf er übrigens dieser Einrede nicht, er kann verlangen, daß der Hauptschuldner ausgeklagt werde, ehe er belangt wird, und ausgeklagt ist der Hauptschuldner nicht, so lange der Kaufschilling für die von ihm bestellten Unterpfänder nicht beigetrieben oder die Unmöglichkeit der Beitreibung dargethan ist. Wird der Bürge vorher belangt, so kann er sich daher durch die Einrede schützen, daß der Gläubiger vor-

Es ist dieß eine nothwendige Folge aus dem in der aequitas wurzelnden Grundsatze, welcher dem von den Neueren sogenannten beneficium cedendarum actionum, einem Falle der exceptio doli generalis, unter welchem Namen die römischen Juristen diese Rechtswohlthat allein kennen, überhaupt zu Grunde liegt. Es läßt sich dieser Grundsatz mit Savigny [96] so ausdrücken, es ist dolos vom Gläubiger, wenn er sich weigert, den billigen Anspruch des Beklagten gegen einen Dritten durch eine Handlung zu unterstützen, wobei er selbst keinen Nachtheil leidet. Ist es aber von dem Gläubiger dolos, einem Intercedenten, von welchem er seine Befriedigung erhält, sein Pfandrecht nicht abtreten zu wollen, so ist es auch dolos von ihm, wenn er die durch Veräußerung des Pfands erworbenen Forderungsrechte gegen den Käufer und dessen Bürgen ihm nicht abtreten will. Wenn auch in letzterem Fall gegen ihn die exceptio doli gegeben wird, so wird nicht sowohl ein Gesetz wegen Gleichheit des Grunds zur Ent-

---

erst bei dem Käufer der Pfänder und dessen Bürgen seine Befriedigung zu suchen habe. Anders verhält es sich freilich, wenn der Bürge Selbstschuldner ist, wenn er der Einrede der Vorausklage entsagt hat. In diesem Falle kann der Bürge, so lange die Schuld besteht, in erster Linie belangt werden, und hat nur die Einrede der Klagenabtretung, nicht aber die Einrede, daß der Gläubiger sich zuerst an den Käufer der Unterpfänder zu halten habe. In diesem Falle wird daher der in obiger Entscheidung aufgestellte Satz praktisch. Ein dritter Fall wäre, wenn der Gläubiger dem Käufer der Pfänder die Bezahlung des Kaufpreises erlassen hat; in diesem Falle wird der Hauptschuldner bis zum Betrage des Kaufpreises liberirt, l. 26, D. de solut. (46,3); es besteht daher insoweit keine Hauptschuld mehr, und fällt damit vermöge ihrer accessorischen Natur auch die Bürgschaft. Dasselbe gilt überhaupt, wenn der Gläubiger durch seine Schuld seine Befriedigung aus dem verkauften Pfande nicht erlangt hat. l. 9 pr. D. de distract. pign. (20,5). In diesen beiden letzteren Fällen bedarf daher der Bürge zu seinem Schutze der Berufung auf die Rechtswohlthat der Klagenabtretung, bezw. der Vereitlung derselben durch den Gläubiger nicht.

[96] Obligationenrecht Bd. 1, S. 242, Note 9.

scheidung einer außerhalb seiner Sphäre liegenden Frage benützt, als vielmehr die gesetzliche Bestimmung über eine besondere Art des dolus, welche eine exceptio begründet, auf einen gleichfalls unter diese Begriffsbestimmung zu subsumirenden Fall angewendet. Wenn es aber auch wahre Gesetzesanalogie, wenn es nicht die Anwendung der Gesetzesbestimmung selbst, sondern die Anwendung ihres Grundes, eine Fortbildung des Rechts wegen Gleichheit des Grundes wäre, so wäre diese hier durch das Bedürfniß der organischen Einheit, der innern Konsequenz des Rechts gerechtfertigt. Es liegt keiner der Gründe vor, welche die Analogie ausschließen, insbesondere nicht die Natur eines jus singulare. Denn jene exceptio doli hat ihren Entstehungsgrund nicht in einer von dem reinen Rechtsgebiete verschiedenen utilitas oder necessitas, sie ist nicht contra rationem juris eingeführt, sondern aus einer Rücksicht, welche dem reinen Rechtsgebiet angehört, nämlich wegen der aequitas.[97]

Entsch. des Obertribunals vom 12. Januar 1861 in S. R. u. B. c. L.'sche Erben.

31) Der von einem unzuständigen Richter angelegte Arrest auf eine Forderung begründet keine Einrede des arrestirten Schuldners gegen den auf Zahlung klagenden Gläubiger.

Die Beschlagnahme einer Forderung berechtigt den Schuldner nur dann, die Zahlung an den Gläubiger zu verweigern, wenn er durch eine in Folge Anweisung des Arrestrichters geschehene Zahlung an das Arrestgericht oder den Arrestnachsuchenden seiner Verbindlichkeit gegen den Gläubiger entledigt würde. Denn wo er sogar aus der Zahlungsanweisung des Arrestrichters keine Einrede gegen den Gläubiger abzuleiten vermöchte, da kann er auch die bloße Zahlungssperre nicht als ein Zahlungshinderniß geltend machen. Die in Folge einer Zahlungs-

---

[97] Savigny, System Bd. 1, S. 56, 61—64, 290—296.

anweisung des Arrestrichters an einen Dritten geleistete Zahlung kommt dem Schuldner gegenüber von dem Gläubiger als Befreiungsgrund (solutio) aber nur dann zu Statten, wenn jene Anweisung für den Gläubiger verbindlich ist. Denn wo dieß nicht zutrifft, fällt der Befehl des Arrestrichters, durch welchen der Schuldner genöthigt wird, an einen Andern, als seinen Gläubiger, zu bezahlen, unter den Gesichtspunkt des Zufalls, der als solcher hier den Schuldner trifft. Verbindend für den Gläubiger, dessen Forderung mit Arrest belegt worden, ist die Verfügung des Arrestrichters aber nur dann, wenn dieser ihm gegenüber zu der Arrestanlage zuständig war. Ist die Arrestverfügung von einem dem Arrestbeklagten gegenüber hiefür nicht zuständigen Richter erfolgt, so berührt ihn die Verfügung nicht, und es kann daher auch jene Verfügung den arrestirten Schuldner gegen die Verurtheilung zur Bezahlung an den Gläubiger nicht schützen.

Entsch. des Obertribunals vom 6. Nov. 1861 in S. der württ. Gesellschaft für Zuckerfabrikation c. die A. M. Feuerversicherungsgesellschaft.

32) Prozeßzinsen.

Das Obertribunal hat schon am 5. September 1823 den Satz aufgestellt, daß die Einlassung auf die Klage an sich noch nicht den Verzug des Schuldners begründe, und daher auch keinen entscheidenden Grund zur Verurtheilung des Schuldners einer Geldsumme in die Entrichtung von Verzugszinsen abgebe, [98] und hat demgemäß die Forderung von Verzugszinsen auch für die Zeit nach der Einlassung auf die Klage stets abgewiesen, wenn der Schuldner nach den Umständen des einzelnen Falls Grund hatte, auf richterliche Entscheidung es ankommen zu lassen. [99] Allein wenn auch im einzelnen Falle ein Verzug nicht vorhanden, und daher die Bedingung für die Zu-

[98] Hufnagel, Mitth. Bd. 1, S. 47.

[99] Wächter, württ. Priv.-R. Bd. 2, S. 537, Note 75.

erkennung von Verzugszinsen nicht gegeben ist, so besteht für die Zeit nach der Prozeßeinleitung die Verbindlichkeit des Schuldners einer Geldsumme zur Bezahlung von Prozeßzinsen, welche durch Verzug desselben nicht bedingt ist und daher besteht, wenn der Schuldner auch plausible Gründe zum Streiten hatte. Es beruht diese Zinsverbindlichkeit, wie insbesondere von Savigny[100] ausgeführt worden, darauf, daß nach römischem Rechte der im Prozesse unterliegende Schuldner den Kläger zur Leistung der „omnis causa" d. i. von allem, was der Kläger gehabt hätte, wenn die Zahlung zur Zeit der Litiskontestation erfolgt wäre, verbunden ist,[101] daß er somit insbesondere für alle, sowohl die bezogenen, als die versäumten Früchte des Streitgegenstands Ersatz zu leisten hat, welche dem Kläger durch die Dauer des Rechtsstreits entzogen worden sind. Als solche zu vergütende Früchte sind aber, wenn eine Geldsumme den Streitgegenstand bildet, die Zinse aus derselben zu betrachten, da diese als eine Art von Früchten in den Gesetzen ausdrücklich anerkannt werden,[102] und vorausgesetzt werden muß, daß, da Geld nicht müßig aufbewahrt, sondern regelmäßig in irgend einer Form zu einem Ertrag benützt zu werden pflegt und jeder Zeit benützt werden kann, der Kläger die ihm nach dem Urtheil gebührende Streitsumme, wenn er sie beim Beginne des Rechtsstreites empfangen

---

[100] System Bd. 6, §§. 270, 271.

[101] l. 20. D. de rei vind. (6, 1.); l. 31 pr. D. de reb. cred. (12,1.); l. 3, §. 1. l. 38. §. 7. D. de usuris (22,1.); cst. 1, 2. Cod. de usuris (6,47.). Vergl. übrigens auch Wächter, württ. Priv.-R. Bd. 2, S. 243, Note 1, S. 526, Note 25.

[102] l. 34. D. de usuris (22,1.). „Usurae vicem fructuum obtinent et merito non debent a fructibus separari." Savigny, a. a. O. S. 140, 141. Anders legt die Stelle aus Wächter, württ. Priv.-R. Bd. 2, S. 526, Note 25, welcher eine nur auf die Erbschaftsklage bezügliche Ausnahmebestimmung darin findet. Ebenso Glück, Comm. Bd. 8, S. 296, 297. Volley, Betracht. über versch. Rechtsmaterien. Nro. 1, S. 14 ff.

hätte, alsbald in irgend einer Weise zinsentragend angelegt hätte, der Beklagte aber solche in seinen Nutzen verwendet, und sich dadurch einen Ertrag verschafft hat oder verschaffen konnte, welcher nach dem Urtheil ihm nicht gebührt.[103] Demgemäß findet sich auch in offenbarer Anwendung des Prinzips der Prozeßzinsen im Besonderen bei der Erbschaftsklage der Ausspruch in den Gesetzen, daß der Besitzer von der Litiskontestation an Zinsen desjenigen Geldes zu bezahlen habe, welches er vor der Litiskontestation aus verkauften Erbschaftssachen gelöst hat, cst. 1, §. 1, Cod. de her. pet. (3, 31), l. 20, §. 11, 14, 15, D. de her. pet. (5, 3) und auf das gleiche Prinzip läßt sich die Bestimmung zurückführen, wonach bei der Klage auf Legate oder Fideikommisse, die in baarem Gelde bestehen, Zinsen ebenso wie andere Früchte von der Zeit der Litiskontestation an zu entrichten sind. cst. 1, 2, Cod. de usur. et. fruct. (6, 47.)[104]

In Anwendung dessen hat das hiesige Obertribunal am 26. Januar 1858 in S. der Amtskorporation E. w. die F. St. H. Oe. W. ausgesprochen, daß, wenn auch in diesem Falle die Mittheilung der Klage die Beklagten nicht in Verzug gesetzt habe, da ihr zureichende Gründe zur Zahlungsweigerung und Streiteinlassung um so gewisser zur Seite gestanden, als in der Klage eine unzulässige Berechnung der fraglichen Entschädigungsforderung gemacht gewesen, die Verbindlichkeit der Beklagten zur Bezahlung von Prozeßzinsen während der Dauer des Rechtsstreits begründet seye, da nach den Gesetzen die Streiteinlassung, litis contestatio, (an deren Stelle nach heutigem gemeinem Recht die Mittheilung der Klage an den Beklagten getreten ist)[105] an und für

---

[103] Savigny, a. a. O. S. 133 und 148.

[104] Savigny, a. a. O. S. 149—156.

[105] Savigny, a. a. O. §§. 278, 279. Ob auch nach württ. Recht die Klagbehändigung als der entscheidende Prozeßabschnitt für die Verbindlichkeit zur Leistung von Prozeßzinsen betrachtet werden

sich schon, und abgesehen von der Frage über Bewirkung eines Verzugs, den Beklagten verpflichte, dem Kläger omnem causam d. i. alles dasjenige zu leisten, was derselbe gehabt hätte, wäre er in der Hauptsache von dem Beklagten gleich bei Einleitung des Rechtsstreits befriedigt worden; also zur Leistung des Streitgegenstands nebst Früchten und Zinsen.

Uebereinstimmend hiemit ist die Rechtsprechung der Oberappellationsgerichte zu Lübeck,[106] zu Kiel[107] und zu München,[108] sowie des Revisions- und Kassationshofs zu Berlin,[109] und der dortigen Juristenfakultät.[110] Anderer Ansicht ist das Oberappellationsgericht zu Kassel, soferne dasselbe eine, von der Voraussetzung eines durch die Klagbehändigung bewirkten Verzugs unabhänige Verbindlichkeit des Schuldners zur Bezahlung von Prozeßzinsen wenigstens nicht unbedingt anerkennt.[111]

---

kann, wird sich mit Grund bezweifeln lassen, da nach Theil II., Tit. 1, §. 12 des Landrechts der Verzug des Schuldners erst von geschehener Kriegsbefestigung an gerechnet werden soll, — vergl. Wächter, Erört. 3. Heft, S. 119, 120, Ziff. 6. Derselbe, Württ. Priv.-R. Bd. 2, S. 538, Note 76, — und daher nahe liegt, denselben Prozeßabschnitt auch als für die Prozeßzinsen entscheidend zu betrachten. Bei der oben mitgetheilten Entscheidung v. 26. Januar 1858 wurde abweichend von dieser Ansicht die Klagebehändigung als entscheidender Prozeßabschnitt angenommen; in der Entsch. v. 6. Nov. 1861 in S. der württ. Zuckerfabrikationsgesellsch. und der M. A. Feuervers.-Gesellsch. aber sind Prozeßzinse, unter Berufung auf das Landrecht Thl. II., Tit. 1, §. 12. erst von der Einlassung auf die Klage an zuerkannt worden.

[106] Seuffert, Archiv Bd. 2, Nro. 148. Bd. 3, Nro. 17. Bd. 5, Nro. 261.

[107] Seuffert, Archiv Bd. 7, Nro. 291.

[108] Seuffert, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 21, S. 81.

[109] Savigny, a. a. O. S. 163.

[110] Savigny, a. a. O. S. 163.

[111] Archiv für. prakt. Rechtsw. Bd. 8, S. 174, Nro. 6. Seuffert, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 21, S. 80, Nr. 6. Heuser, Annalen Bd. 3, S. 52, 55 ff.

In der am 10. Sept. 1861 zur Entscheidung gekommenen Rechtssache H. c. H. ist auch von dem hiesigen Obertribunal der am 26. Januar 1858 zur Anwendung gebrachte Satz wieder angezweifelt und daher, mit Umgehung der Prozeßzinsenfrage, die Verurtheilung zur Bezahlung von Zinsen von der Litiskontestation an darauf gebaut worden, daß der Beklagte keinen plausibeln Grund zum Streiten gehabt habe.[112] Allein schon bei der am 6. Nov. 1861 erfolgten Entscheidung in S. der württembergischen Zuckerfabrikationgesellschaft c. die M. A. Feuerversicherungsgesellschaft wurde die Richtigkeit des am 26. Januar 1858 aufgestellten Satzes wiederholt anerkannt, und, unter Berufung auf cst. 1, 2. Cod. de usuris et fruct. (6, 37) und auf Savigny, auf Bezahlung von Prozeßzinsen von der Einlassung auf die Klage an erkannt, und dieselbe Entscheidung erfolgte am 12. Dez. 1861 in S. E. c. V. und K.

33) Vom bedungenen Losungsrecht.

a) Kann solches als dingliche Berechtigung konstituirt werden?

Die Königl. Generalverordnung vom 2. März 1815 erklärt „die anbedungenen Losungen, die noch ferner nach dem Willen der Paciscenten bedungen werden können", für giltig, und bestimmt in Ziff. III., Abs. 3: „daß es in Rücksicht der Befugniß der Paciscenten der Losung halber und wegen Ausübung derselben besondere Anord-

---

[112] Die Entscheidung der immerhin zweifelhaften Frage, bei welchen sich zwei bedeutende Autoritäten, Wächter und Savigny entgegenstehen, wird darauf beruhen, ob unter der omnis causa, für welche der Schuldner von der Litiscontestation an ersatzpflichtig ist, auch die Zinse zu verstehen sind. Daß die Früchte dahin gehören, ist außer Zweifel, und ebenso, daß die Zinse zu den Früchten gehören. Ein innerer Grund, die Zinse dießfalls den sonstigen Früchten nicht gleich zu stellen, scheint aber nicht vorzuliegen, und es dürfte, wenn auch die entgegenstehenden Bedenken sich nicht verkennen lassen, die Savigny'sche Ansicht vorzuziehen seyn.

nungen zu machen, bei dem, im Landrecht Thl. II. Tit. 16, §. Weil die rc. Ausgesprochenen sein Bewenden habe." Die angeführte Stelle des Landrechts aber spricht aus: „weil die anbedingte Losungen auf der Kontrahenten besondere Bedingungen, wie sie sich deren mit einander vergleichen, hauptsächlicher beruhen, so mag derenthalben keine gewisse Ordnung gesetzt werden;" und es werden hiebei die Kontrahenten nur erinnert, „sich zu befleißen, wenn der Losung halber Etwas anbedingt und abgeredt würde, daß solches mit klaren verständlichen Worten und den Rechten nicht zuwider geschehe." Demgemäß sind die Paciscenten in der freien Befugniß, beliebige Bestimmungen anzuordnen, im Allgemeinen überall nicht beschränkt, so lange diese Bestimmungen nicht etwas Rechtswidriges enthalten.[113] Es muß daher auch für rechtlich zulässig erkannt werden, wenn das Losungsrecht als eine dingliche Berechtigung, für die Besitzer eines gewissen Grundstücks oder Gebäudes festgesetzt wird, da von einer Widerrechtlichkeit der angeführten Bestimmung, welche einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift nicht widerstreitet, nicht die Rede seyn kann, — wie denn auch z. B. in dem österreichischen Gesetzbuche Thl. II., Tit. 24, §. 1073, und in dem preußischen Landrecht Thl. I., Tit. 10, §. 568—570 die Konstituirung eines dinglichen Vorkaufsrechts für zulässig erklärt ist. Hiegegen kann auch die Bestimmung der Verordnung vom 2. März 1815 kein Bedenken erregen. Denn wenn hier ausgesprochen ist: „es gehe die bedingte Losung nicht auf die Erben derer über, die sie bedungen haben, sie erlösche mit ihrer Person", so ist in dieser Verordnung weder ausgedrückt, noch nach der ganzen Fassung und Stellung der unter Ziff. IV. aufgestellten Grundsätze zureichender Grund zu der Annahme ge-

---

[113] Griesinger, Comm. Bd. 3, S. 868— 869. Weishaar, württ. Privatrecht Bd. 3, §. 1093. a. E. Wächter, württ. Privatrecht Bd. 1, S. 538, 859.

geben, daß unter Ziff. IV. h die erwähnte unter Ziff. III. Abs. 3 enthaltene allgemeine Bestimmung wieder aufgehoben, und daß die unter Ziff. IV. aufgestellten Grundsätze den Privatwillen der Kontrahenten beschränkende seyn sollen. Vielmehr können die unter Ziff. IV. festgesetzten Grundsätze nur dann zur Anwendung kommen, falls die Kontrahenten in den betreffenden Beziehungen keine oder keine anderweitige bestimmte Verabredung getroffen haben — wie auch in gleicher Weise, während unter Ziff. III., Abs. 1 zur formellen Giltigkeit eines anbedungenen Losungsrechts allein nur dessen Eintrag in das Unterpfandsbuch in präzeptiver Weise für erforderlich erklärt ist, unter Ziff. III., Abs. 3 alle sonstigen Formalitäten, und insbesondere auch die in den nachfolgenden Sätzen unter a—d aufgeführten und festgestellten nur dann zur Anwendung kommen sollen, soweit sie nicht durch die Beredung ausgeschlossen sind."

b) Eintrag des Losungsrechts im Unterpfandsbuch, Güterbuch oder dessen Surrogat als Bedingung seiner rechtsgiltigen Bestellung.

In Ziff. III., Abs. 1 der Königl. Generalverordnung vom 2. März 1815 ist vorgeschrieben, daß derjenige, welcher ein unbedingtes Losungsrecht habe, zur Erhaltung desselben, und zwar bei Verlust des Losungsrechts, dasselbe in das öffentliche Unterpfandsbuch eintragen zu lassen habe. Diese Vorschrift hat durch die seit dem Jahr 1825 in's Leben getretene Pfandgesetzgebung dahin eine Abänderung erlitten, daß fortan zur Erhaltung eines vertragsmäßigen Losungsrechts nicht mehr der Eintrag in das Unterpfandsbuch, sondern der Eintrag in das Güterbuch erfordert wird. Abgesehen nämlich davon, daß der Eintrag eines Losungsrechts dessen Natur nach nicht sowohl für das Unterpfandsbuch als vielmehr für das Güterbuch sich eignet, so ist auch in dem Pfandgesetze vom 15. April 1825 in Art. 75 der Eintrag eines dinglichen oder

auf Erwerbung oder Wiedererlangung eines Guts abzweckenden persönlichen Rechts in dem Unterpfandsbuch oder in dem Güterbuch gestattet, und in Art. 160 sind unter denjenigen Einträgen, welche für das Unterpfandsbuch geeignet erklärt sind, die Losungsrechte nicht aufgeführt. Es erscheint daher nur als eine hiemit übereinstimmende und zu Vollziehung des Pfandgesetzes dienende Bestimmung in §. 95 der Hauptinstruktion vom 14. Dez. 1825, daß die Losungsrechte in das Güterbuch eingetragen werden sollen. Wenn zur Zeit der Konstituirung eines Losungsrechts ein ordnungsmäßig angelegtes zu der Aufnahme des Eintrags des Losungsrechts geeignetes Güterbuch in dem betreffenden Orte nicht bestand, so genügt es an dem Eintrag in denjenigen öffentlichen Büchern, welche zur fraglichen Zeit als Surrogat des Güterbuchs gedient haben. (Zu vergl. Pfandges. Art. 58, 59, 67, 68. Hauptinstr. §. 22, 23, 24, 43, 59. Verordnung vom 3. Dez. 1832. Verfügung vom 6. Dez. 1836, Ziff. 4 und 6.)

c) Ausübung eines Losungsrechts zum Zwecke der Veräußerung an einen Dritten.

Das Landrecht Thl. II., Tit. 16, §. ult. bestimmt: „Wenn Jemand ein Gut an sich zu lösen befugt und gemeint ist, der soll solches ihme selbsten und nicht einem Andern zu gutem ... lösen", und das Generalrescript vom 29. Mai 1739 hat hieran nur so viel geändert, daß den Eltern gestattet seyn solle, ihren Kindern zu Gutem zu lösen. Hiedurch ist der Losungsberechtigte jedoch nicht gehindert, die Losung zu dem Zwecke auszuüben, um sich die Möglichkeit zu verschaffen, das so wieder erworbene Gut sofort an einen Dritten um einen höheren Preis zu veräußern, da auch in diesem Falle die Ausübung der Losung nur zunächst im Interesse des Losungsberechtigten, nicht einem Andern zu gutem und nicht zu Begünstigung eines Andern geschieht.

Entsch. des Obertribunals vom 28. Mai 1861 in S. B. c. H. [114]

34) Wirkung der unbeanstandeten Annahme der durch einen Frachtführer versendeten Waaren durch den Adressaten.

In der Thatsache, daß die durch einen Frachtführer versendete Waare von dem Adressaten ohne Beanstandung angenommen worden, liegt ein Anerkenntniß der richtigen mit dem Frachtbriefe übereinstimmenden Lieferung.[115] Dieß gilt auch bezüglich des Gewichts, insbesondere wenn Waaren mit der Eisenbahn versendet worden, und der Empfänger der Waare deren Empfang durch Unterzeichnung des mit der Angabe des frachtbriefmäßigen Gewichts versehenen Coupons ohne Verwahrung bescheinigt hat.

Entsch. des Obertribunals vom 4. Mai 1861 in S. der Maschinenfabrik E. c. F.

35) Nichtannahme wegen mangelhafter Beschaffenheit des Kaufsgegenstands. Frist zur Erklärung hierüber.

In Folge der großartigen Ausdehnung des Handelsverkehrs in den neueren Zeiten mußte die Verpflichtung des Käufers, sich rechtzeitig und genau nach der Beschaffenheit des Kaufsgegenstandes umzusehen, und sich ohne Verzug auszusprechen als ein unabweisliches Gebot sich darstellen. Die Gesetze über Treue und Glauben, auf welchen der ganze Handel beruht, die in demselben gegenseitig zu prästirende Diligenz gestatten es nicht, daß der Käufer seinen Verkäufer längere Zeit darüber in Ungewißheit lasse, ob der Kaufsgegenstand als dem Vertrage

---

[114] Diese Entscheidung wird auch mitgetheilt von Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 5, S. 38 ff.

[115] Münter, Frachtfahrerrecht Bd. 1, S. 103. und die Bd. 4 dieses Archivs S. 128, Note 120 citirten Schriftsteller. Vergl. den Entw. eines allg. d. Handelsgesetzbuchs Art. 408.

entsprechend erkannt, oder ob derselbe vielmehr wegen vertragswidriger Beschaffenheit zurückgeschlagen oder der Kaufpreis gekürzt werden wolle. Durch ein Monate oder Jahre langes Hinhalten des Verkäufers würde alle Sicherheit im Handel gelähmt, und es könnte dem Verkäufer, zumal bei Waaren oder Papieren, die häufigen Preisschwankungen unterworfen sind, oft großer Schaden erwachsen, sofern er bei schleuniger Benachrichtigung von den Absichten des Käufers häufig noch auf anderem vortheilhaftem Wege über den Kaufsgegenstand wird disponiren können, während ihm diese Möglichkeit durch verspätete Reklamationen entzogen wird. Es ist daher ein im Handelsrecht feststehendes Prinzip, daß der Käufer sobald es möglich oder wenigstens binnen einer kurzen Frist über die Annahme des Kaufsobjekts sich auszusprechen hat, widrigenfalls seine späteren Reklamationen ausgeschlossen bleiben.[116]

Entsch. des Obertribunals vom 4. April 1862 in S. B. und Comp. c. Hofbank.

36) Verpflichtung des Empfängers einer Waare zur sofortigen Benachrichtigung des Spediteurs im Falle mangelhafter Lieferung.

Die Verpflichtung des Empfängers einer Waare, den Spediteur, an welchen er sich wegen mangelhafter oder nicht gehöriger Lieferung halten will, sofort nach Empfang der Sendung und Entdeckung des Mangels zu benachrichtigen, fließt aus der bona fides, zu welcher die Interessenten einander verbunden sind, und es hat als Folge eines allgemeinen Grundsatzes des Handelsverkehrs,

---

[116] Brinkmann, Lehrb. des Handelsrechts §. 74, S. 300, 301, 306. Archiv f. deutsches Handels- und Wechsel-R. Bd. 8, S. 101. Seuffert, Archiv Bd. 4, Nro. 78, 23. Bd. 6, Nro. 27. Bd. 14, Nro. 126. Rechtl. Entsch. und Gutachten der württ. Handelsschiedsger. S. 103, 106. Goldschmidt, Zeitschr. f. das ges. Handelsr. Bd. 2, S. 159, 160. Entw. eines a. d. Handelsgesetzbuchs Art. 346—350.

welcher speziell in Absicht auf das Rechtsverhältniß des Käufers zum Verkäufer durch universellen Handelsgebrauch anerkannt ist,[117] auch in dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Württemberg (Art. 174 vergl. mit Art. 161) und in dem Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Nürnberger Konferenz (dritte Lesung, Art. 386, 408, 349, 387 und Konferenzprotokoll vom 19. Juni 1857) Anerkennung gefunden. Wenn nun auch eine bestimmt begrenzte Frist zur Reklamation gegen den Spediteur als gewohnheitsrechtlich bestehend sich nicht nachweisen läßt,[118] so muß doch bei solchen Mängeln, welche alsbald bei der Empfangnahme entdeckt werden können, diejenige Frist, welche in Württemberg gewohnheitsrechtlich dem Käufer zur Untersuchung der Waare bezüglich der in die Sinne fallenden Mängel gegeben ist,[119] für ausreichend auch zur Reklamation gegenüber dem Spediteur erachtet werden.

Entsch. des Obertribunals vom 4. Mai 1861 in S. der Maschinenfabrik E. c. F.

37) Klagerecht bei Präjudizialklagen.

Für die Austheilung der Parteirollen bei Präjudizialklagen gelten nicht die vom Klagerecht sonst geltenden Grundsätze, sondern es können bei denselben beide Theile Kläger seyn, und es kann der Antrag auf Entscheidung der Präjudizialfrage von jedem der streitenden Theile gestellt werden, und als Kläger wird derjenige betrachtet, welcher jene Entscheidung zuerst bei dem Richter beantragt, wie dieß in l. 12, D. de except. (44, 1) ausdrücklich ausgesprochen ist.

Entsch. des Obertribunals vom 14. Febr. 1862 in S. des Spitals H. c. Pfarrei B.

---

[117] Vergl. die vorige Nummer.

[118] Vergl. Art. 349 des Entw. des allg. deutschen Handelsgesetzbuchs (3 Lesung).

[119] Seuffert, Archiv Bd. 4, Nro. 78.

38) Die Paulianische Klage außer dem Konkurs.

Es ist eine in der Praxis der deutschen Gerichtshöfe bestrittene Frage, ob die actio Pauliana in allen Fällen die stattgefundene Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners, dessen Rechtshandlungen angefochten werden sollen, als nothwendiges Erforderniß voraussetze, oder ob sie auch außer dem Falle des Konkurses statthaft sey. Was nun zunächst die Gesetze betrifft, so sprechen diese nirgends aus, daß die Konkurseinleitung oder Dispositionsentsetzung des Schuldners zu den formellen Bedingungen der Paulianischen Klage gehöre. Dagegen enthalten mehrere römische Gesetzesstellen eine Zusammenstellung dieses Rechtsmittels mit der missio in possessionem und venditio bonorum, welche beiden Institute im älteren römischen Rechte überhaupt die regelmäßige Form der Realexekution bildeten, im justinianeischen Rechte aber als die ordentliche Exekutionsform bei contumacia oder Insolvenz eines Schuldners in Anwendung blieben.[120] §. 6. J. de act. (4,6) — l. 6, §. 14, l. 9, D. quae in fraud. (42,8) cst. 5, Cod. de revoc. (7,75). Einen Grund für diese Beziehung der Klage zu einer vorgängig vollzogenen Realexekution gegen den Schuldner enthält die Gesetzesstelle l. 10, §. 1, D. quae in fraud. (42,8): „Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit scilicet si hi creditores bona ipsius vendiderunt.“ Die Rechtslehrer fassen diese Gesetzesstellen in dem Sinne auf, daß sie aussprechen, es gehöre zu den materiellen Erfordernissen des Paulianischen Rechtsmittels, daß ein eventus fraudis, d. h. die Thatsache, daß der klagende Gläubiger beim Schuldner selbst nicht oder nicht ganz zur Befriedigung komme, als gewiß feststehe. Demnach müsse das Exekutions- oder Gantverfahren (römische missio in bona und venditio bonorum) gegen den Schuldner zuvor zu Ende

---

[120] Zimmern, Rechtsgeschichte §. 79.

geführt, und für den Gläubiger resultatlos gewesen seyn. Mehrere Rechtslehrer begnügen sich zu betonen, daß der Gläubiger und Kläger den eventus fraudis nachzuweisen habe, ohne des Mittels des gegen den Schuldner durchgesetzten Exekutions- oder Gantverfahrens namentlich zu erwähnen.[121] Andere benennen den Konkurs als das Mittel, diesen eventus fraudis zu konstatiren,[122] und noch Andere endlich bezeichnen den Konkurs nur als das regelmäßige oder häufig eintretende Mittel, jenen Erfolg zur Gewißheit zu bringen, ohne, wenn es nicht zum Konkurse kommt, andere Mittel auszuschließen.[123] Eine Ansicht, wonach ein Ganterkenntniß und eine richterliche Dispositionsentsetzung des Schuldners ein formales Erforderniß der actio Pauliana wäre, eine Ansicht insbesondere, welche die in den Quellen erwähnte missio in poss. und bonorum venditio anders denn als Mittel, den Erfolg der Veräußerung zu konstatiren, betrachten, und vielmehr auf die spezifische Eigenschaft jener Exekutionsmittel als Dispositionsentsetzungsakte Gewicht legen würde, findet sich bei den Rechtslehrern nicht. Dagegen ist dieser letztere Gesichtspunkt in Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel[124] und des Obertribunals zu Berlin[125] vertreten, wogegen Entscheidungen des Appellationsgerichts zu Leipzig,[126] und der Oberappellationsgerichte zu Dresden,[127] zu München,[128] zu Celle,[129] zu Lübeck[130]

---

[121] Dahin gehören Göschen, Vorles. II., Abth. 2, §. 630. Burchardi, System §. 86. Thibaut, Pand. (4. Aufl.) §. 1227.

[122] Wie Puchta, Pand. §. 380. Hofacker, Princ. §. 4589. Unterholzner, Schuldverh. II., S. 94.

[123] Arndt's, Pand. §. 228, N. 1. Sintenis, Civilrecht Bd. 2, S. 737.

[124] Seuffert, Archiv Bd. 3, Nr. 251.

[125] Ebendas. Bd. 13, Nr. 202.

[126] Ebendas. Bd. 3, Nro. 251.

[127] Ebendas.

[128] Ebendas.

[129] Ebendas. Bd. 9, Nro. 356.

[130] Ebendas. Bd. 11, Nro. 321.

und zu Darmstadt[131] den Konkurs als formales Erforderniß verwerfen und ihn lediglich als Mittel, den Erfolg der betrügerischen Veräußerung zu konstatiren, als welches Mittel er auch in anderem Wege ersetzt werden könne, ansehen. Mit letzterer Ansicht stimmt im Wesentlichen die Ansicht des hiesigen Obertribunals überein.

In einem Rechtsstreit war von dem Beklagten die angestellte Paulianische Klage als zu früh angebracht aus dem Grunde bezeichnet worden, weil dieses Rechtsmittel einen Akt des Gerichts, wodurch der veräußernde Schuldner der Disposition über sein Vermögen entsetzt, oder wenigstens einen andern formalen Akt, wodurch seine Vermögenslosigkeit festgestellt worden, voraussetze, während im gegebenen Falle, wo es wegen Daseyns nur eines einzigen Gläubigers sowie wegen völligen Mangels an Exekutionsobjekten zu einem Gant gegen den Schuldner nicht gekommen, jene Voraussetzungen nicht zutreffen. Diese Einwendung wurde von dem Obertribunal nicht für gegründet erkannt. Zunächst, sagen die Motive, ist aus der Natur der Sache ein Grund dafür, daß die Geltendmachung des Paulianischen Rechtsmittels von einer richterlichen Vermögensentsetzung des Schuldners abhängen solle, nicht zu entnehmen. Eine solche Dispositionsentziehung ist die Bedingung für die Geltendmachung solcher Rechte der Gläubiger, welche dieselben aus dem Rechte des Schuldners herleiten. Das Paulianische Rechtsmittel aber steht dem Gläubiger nicht aus der Person des Schuldners, dem dieses selbst nicht zukommt, mithin nicht aus der Niederlegung der Dispositionsbefugnisse des Schuldners und Uebertragung an die Gläubiger, sondern aus der eigenen Person zu. Neben der allgemeinen, in dem Verhältnisse des Gläubigers zu seinem Schuldner beruhenden Anwartschaft auf dieses Rechtsmittel kann es daher keines besonderen richterlichen Legitimationsaktes bedürfen.

---

[131] Ebendas.

Die Gesetze stellen auch eine solche formale Bedingung für das Paulianische Rechtsmittel nirgends fest. Man hat dieselbe nur durch Induktion hergeleitet aus denjenigen Quellenstellen, welche das Rechtsmittel an eine vorgängige missio in possessionem und venditio bonorum anknüpfen, z. B. §. 6, J. de act. (4,6) — l. 6, §. 7 und 14, l. 9, l. 10, §. 1, 16, 18, l. 25, §. 7, D. quae in fraud. (42,8) — cst. 5, Cod. de revoc. his, quae (7,75) indem man hiebei die spezifische Wirkung der missio als einer richterlichen Besitzentsetzung des Schuldners in den Vordergrund rückte. Allein die missio in bona und venditio bonorum bilden im römischen Recht die beiden Stadien des ordentlichen Exekutionsverfahrens gegenüber dem ungehorsamen oder zahlungsunfähigen Schuldner. Indem jene Gesetze von vorgängiger Durchlaufung dieser Stadien die Anstellung der Pauliana abhängig erklären, bestimmen sie etwas weiteres nicht, als daß der Gläubiger, ehe er den dritten Besitzer eines veräußerten Vermögenstheils belange, zuvor den Versuch angestellt haben müsse, bei dem Schuldner selbst im ordentlichen Exekutionswege zur Befriedigung zu gelangen. Dafür, daß die Gesetze hiebei nicht diesen Endzweck, sondern die Qualifikation des anzuwendenden Exekutionsmittels als einer Besitzeinweisung des Gläubigers im Auge gehabt hätten, geben die Gesetzesstellen nicht nur keinen Anhaltspunkt, sondern sie führen den einleuchtenden und schlagenden Grund für jenes Erforderniß selbst dahin an, daß vor dem Güterverkauf sich nicht bemessen lasse, ob und in welchem Grade der Gläubiger durch die betrügerische Veräußerung des Schuldners wirklich beschädigt worden sey — „si eventum fraus habuit, scilicet si creditores bona vendiderunt.“ l. 10, §. 1, D. quae in fraud (42,8).

Im gegebenen Falle ist nun das Daseyn und Maß eines für den Kläger nachtheiligen Erfolgs der angefochtenen Veräußerung konstatirt; zwar nicht durch einen solchen Akt, der im heutigen Recht an die Stelle der

römischen venditio bonorum getreten ist, nämlich nicht durch einen vollzogenen Exekutionsverkauf oder eine vorliegende Gantverweisung, aber durch das Zeugniß der zuständigen Exekutionsbehörde, daß dem Kläger für seine Forderung wegen völligen Mangels an Exekutionsobjekten zu einer Befriedigung nicht verholfen werden könne. Die Frage, ob es an einer amtlichen Erhebung der letztgedachten Art genüge, ist wenigstens für das Gebiet solcher Fälle, wo es zu Güterverkauf und Gantverweisung nicht kommen kann, unbedenklich zu bejahen. Denn auf der einen Seite kommt die venditio bonorum nach dem in der letztangeführten Gesetzesstelle enthaltenen Motive keineswegs als eine formale Voraussetzung der Paulianischen Klage, sondern nur als das regelmäßige Mittel in Betracht, um den Grad der Vernachtheiligung des Gläubigers darnach zu ermessen; als bloßes Mittel zum Zweck muß sie aber im Ermangelungsfalle durch eine anderweite amtliche Erhebung ersetzt werden dürfen. Auf der andern Seite käme man bei einer Verneinung der obigen Frage zu dem ungereimten Ergebnisse, daß Fälle, wie der gegebene, wo es wegen Vorhandenseyns nur Eines Gläubigers oder weil der Schuldner sich mittelst der betrüglichen Entäußerung gänzlich vermögenslos gemacht hat, zu einem Ganterkenntniß und Güterverkauf nicht kommen kann, welche aber gleichwohl des Paulianischen Schutzes in gleichem, beziehungsweise noch in höherem Maße bedürfen, gleichwohl des Rechtsmittels nicht theilhaftig werden könnten; ein Widerspruch, der dadurch noch um so auffallender wird, daß wenigstens für den Einen der gedachten Fälle: wenn nur ein einziger Gläubiger vorhanden, das Zustehen des Rechtsmittels gesetzlich ausdrücklich anerkannt ist. l. 10, §. 6, D. quae in fraud. (42,8). Es kann hiegegen nicht mit Grund eingeworfen werden, daß es auch in den genannten Fällen in der Macht des Gläubigers stehe, ein Konkurserkenntniß oder wenigstens einen andern Akt des Gerichts, worin die Entsetzung des Schuld-

ners aus der Vermögensverfügung ausgesprochen werde, herbeizuführen. Denn was einen Akt der letztern Art betrifft, welcher in der Hauptsache nur die Legitimation zur Paulianischen Klage zum Gegenstand haben sollte, so kennt das bestehende Recht außer dem Falle des Gants und der Entmündigung keine richterliche Entziehung der Vermögensverfügung. Zur Ganteinleitung aber kann es bei Vorhandenseyn eines einzigen Gläubigers — wie es sich dießfalls im gemeinen Rechte verhalten mag — wenigstens nach württembergischem Rechte nicht kommen (§. 160 des IV. Edikts). Und ebensowenig kann eine Ganteinleitung getroffen werden, wo festgestellt ist, daß es dem Schuldner an jedem exequirbaren Objekte fehle, weil hier der Zweck eines jeden Ganverfahrens: die Vermittlung einer gerechten Austheilung des schuldnerischen Vermögens unter die andringenden Gläubiger, wegfällig ist.

Das Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen vom 5. September 1839 enthält keine von diesen Grundsätzen abweichende Bestimmungen und der Artikel 25 desselben will Nichts an den allgemeinen Voraussetzungen des Paulianischen Rechtsmittels, hinsichtlich welcher vielmehr der vorangehende Artikel auf das gemeine Recht verweist, abändern, sondern nur den Anfangspunkt der Klageverjährung fixiren und die Klage ihrem Gegenstande nach auf Rechtsgeschäfte eines bestimmten Zeitraums einschränken. Indem hiebei solche Rechtsakte zum Anhaltspunkte genommen werden, welche nur im Gantverfahren vorkommen, ist der Wille des Gesetzes ebensowenig wie im römischen Rechte darauf gerichtet, das Gantverfahren zu einer Bedingung des Rechtsmittels zu erheben, und dieses hiedurch in seinen allgemeinen, von dem Stoffe des Art. 25 unabhängigen Erfordernissen zu beengen.

Entsch. des Obertribunals vom 30. Dezember 1862 in S. R.sche Pflegschaft c. Pf.

39) Verantwortlichkeit der Unterpfandsbehörden wegen unrichtigen Anschlags der Unterpfänder.

a) Nach Art. 223 und 224 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 hat die Unterpfandsbehörde, wenn sie die ihr rücksichtlich des Unterpfandswesens obliegenden Pflichten absichtlich oder aus Nachlässigkeit hintangesetzt hat, wenn sie insbesondere einen unrichtigen Anschlag der Unterpfänder sich hat zu Schulden kommen lassen, während ihr durch die Bestimmungen der Art. 12 und 184 des Pfandgesetzes und des §. 161 der Hauptinstruktion die möglichste Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit bei Pfandanschlägen zur Pflicht gemacht ist, den Betheiligten, welche dadurch in Nachtheil gerathen, den ihnen zugegangenen Schaden zu ersetzen. Zu Begründung einer Regreßklage gegen eine Unterpfandsbehörde wegen unrichtigen Anschlags von Unterpfändern gehört daher a) ein für den Pfandgläubiger entstandener Schaden; b) ein unrichtiger Anschlag der Unterpfänder; c) eine auf Absicht oder Nachlässigkeit [132] beruhende Schuld der Unterpfandsbehörde an der Unrichtigkeit des Anschlags und d) der ursachliche Zusammenhang zwischen dem Schaden des Pfandgläubigers und der Unrichtigkeit des Anschlags.

b) Anhaltspunkte für die Beurtheilung der Richtigkeit eines Anschlags bieten die Ankaufspreise, sowie frühere

---

[132] Uebrigens wird man die Unterpfandsbehörde nur für eine grobe Nachläßigkeit, culpa lata, verantwortlich erklären können; vergl. hierüber Bolley, Comm. Bd. 2, S. 552 f. Mayer, Comm. Bd. 2, S. 309. Die Frage, ob die Unterpfandsbehörde für jede oder nur für grobe culpa hafte, wird jedoch selten praktisch werden, da, wenn die Unterpfandsbehörde bei dem Pfandanschlag eine positive, seye es im Gesetz oder in einer Instruktion, ihr gegebene Vorschrift verletzt, dieß jedenfalls eine grobe Nachläßigkeit ist, welche sie unbedingt verantwortlich macht; nur wenn die Nachläßigkeit allein in der Werthsbemessung selbst beruht, ist die Frage erheblich, und in diesem Falle wird man kein Bedenken haben dürfen, die Unterpfandsbehörde nur für eine grobe Nachläßigkeit als verantwortlich zu erklären.

Anschläge der fraglichen Liegenschaft bei Inventuren, Theilungen und ähnlichen Rechtsgeschäften (§. 165 letzter Abs. der Hauptinstruktion), deßgleichen der Anschlag bei einer nachgefolgten Vermögensuntersuchung und der Erlös bei dem Verkauf der Unterpfänder, vorausgesetzt, daß die Preisverhältnisse sich seit der Verpfändung nicht geändert haben, endlich die Kaufpreise und die bei Inventuren und Theilungen erfolgten Anschläge anderer Güter in gleicher Lage und in derselben Steuerklasse aus fraglicher Zeit. (§. 165 Abs. 4 der Hauptinstr.) Nicht geeignet, einen Anhaltspunkt abzugeben, sind dagegen ähnliche Anschläge, wie der angefochtene, bei anderen Verpfändungen, da, wenn die Unterpfandsbehörde in dem einen Fall nachlässig war, dasselbe auch in anderen Fällen zutreffen, und daher ihre Handlungsweise in anderen Fällen keinen Beweis für die Richtigkeit des Anschlags in dem angefochtenen Falle abgeben kann. Dagegen kann der Beweis der Unrichtigkeit eines Pfandanschlags durch Sachverständige hergestellt werden; denn wenn auch bei Schätzungen von Häusern und Güterstücken die subjektive Anschauung der Schätzer nicht ohne Einfluß ist, und daher kleinere Abweichungen der Schätzung der Sachverständigen von dem Anschlag der Unterpfandsbehörde nicht in Betracht kommen können, so kann dieß keinen Grund abgeben, den Beweis durch Sachverständige hier auszuschließen, da man davon ausgehen muß, daß Personen, gegen deren volle Sachkenntniß und Unparteilichkeit keine Partei Einwendungen zu erheben vermag, wenn sie gehörig instruirt werden, ein der Wahrheit am nächsten kommendes Gutachten abgeben werden.

Entsch. des Obertribunals v. 26. Mai 1860 in S. F. c. U.; v. 30. August 1862 in S. Z. c. Unterpf.-Beh. B.

c) Auch wenn ein Anschlag erwiesenermaßen unrichtig ist, so ist die Unterpfandsbehörde hiefür nur verantwortlich, wenn die Unrichtigkeit auf Absicht oder Nachlässigkeit der Unterpfandsbehörde beruht. Nicht schon

jede Unrichtigkeit des Anschlags an sich begreift aber eine Absichtlichkeit oder Nachlässigkeit nothwendig in sich, da jede Schätzung auf Schlußfolgerungen beruht, und ein unrichtiger Schluß auf anderen Ursachen, als Nachlässigkeit beruhen, auch von der Unterpfandsbehörde eine ganz genaue Kenntniß und eine ganz genaue Angabe des wahren Werths der Unterpfänder nicht verlangt werden kann. Nichtsdestoweniger kann der Beweis einer Nachlässigkeit schon in der Unrichtigkeit des Anschlags liegen, wenn sich solcher von dem wahren Werthe der Unterpfänder zur Zeit der Verpfändung allzuweit entfernt. Denn insoweit mindestens muß der Unterpfandsbehörde der Besitz der nöthigen Kenntnisse zur Beurtheilung des Werths der Unterpfänder unterstellt werden, daß sie bei einer den wahren Werth um ein Namhaftes übersteigenden Taxation gewußt oder hätte wissen müssen, oder doch mit leichter Mühe hätte erfahren können, daß die Taxation jedenfalls zu hoch seye, und dem wahren Werthe nicht entspreche.[133] Eine solche namhafte Differenz zwischen dem Pfandanschlag und dem wahren Werth der Unterpfänder liegt vor, wenn jener den letzteren z. B. um ein Dritttheil oder die Hälfte übersteigt; in diesem Falle ist die Ueberschätzung, zumal wenn die Schätzung keine besonderen Schwierigkeiten darbot, ohne eine grobe Verschuldung nicht denkbar.

Der Umstand, daß der unrichtige Anschlag eines Gebäudes durch die Unterpfandsbehörde mit dem Brandversicherungsanschlag übereinstimmt, genügt nicht, um die Unterpfandsbehörde von der Verantwortung zu befreien. Denn der Art. 184 Abs. 3 des Pfandgesetzes und der §. 167 der Hauptinstruktion bestimmt nur, daß der Brandversicherungsanschlag bei der Schätzung von Gebäuden zu berücksichtigen und im Unterpfandsbuch wie im Pfandschein zu bemerken sey. Damit ist aber nicht

[133] Hoffmann, im Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. 2, S. 429 f.

ausgesprochen, daß die Unterpfandsbehörde von diesem Anschlag bei ihrer Schätzung ohne Weiteres ausgehen dürfe, sondern es ist vielmehr der Brandversicherungsanschlag nur als einer der Anhaltspunkte für die Schätzung bezeichnet, und die Unterpfandsbehörde der eigenen Prüfung des Anschlags überall nicht enthoben, vielmehr hat sie selbst zu ermessen, ob jener Anschlag dem wirklichen Werthe zur Zeit der Verpfändung entspricht, und es hat dieselbe hiebei alle die sonstigen hierauf Einfluß habenden Umstände in Betracht zu ziehen.

Entsch. des Obertribunals v. 26. Mai 1860 in S. F. c. U.; v. 30. August 1862 in S. Z. c. U.-Pfdbeh. B.

d) Die Frage, ob ein den Pfandgläubiger wegen des Mindererlöses aus den Unterpfändern an seiner Pfandforderung betroffener Verlust als die Folge einer der Unterpfandsbehörde zur Schuld zuzurechnenden Ueberschätzung der Unterpfänder sich betrachten läßt, ist eine Thatfrage. Als eine Folge des unrichtigen Anschlags erscheint aber ein solcher Verlust dann, wenn aus den Umständen erhellt, daß ohne den übermäßigen Anschlag die Hingabe des Gelds gar nicht erfolgt, der betreffende Vertrag gar nicht zu Stande gekommen wäre. In der am 26. Mai 1860 entschiedenen Rt.-S. F. c. U. wurde dießfalls gesagt: „In der unbestrittenen Thatsache, daß der Pfandgläubiger doppelte Sicherheit mittelst Unterpfänder verlangt hat, liegt der Beweis, daß derselbe, wenn die Pfänder nicht unrichtigerweise doppelt so hoch angeschlagen werden, als das zu versichernde Kapital betrug, das Darlehen nicht gegeben, den Schaden durch den Mindererlös aus den Pfändern somit auch nicht erlitten hätte. Die Unterstellung, daß der Pfandgläubiger in diesem Falle dem Schuldner nur nicht die volle, sondern eine kleinere Summe angeliehen hätte, ist unbegründet, weil der Schuldner auf die Pfänder hin kein kleineres Anlehen gesucht hat, und kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß ihm auch eine kleinere Summe genügt haben würde." In

ähnlicher Weise wurde in der am 30. August 1862 entschiedenen At.-Sache Z. c. Unterpfbeh. zu B. gesagt: „Da das fragliche Darlehen aus einer Pflegschaft gegeben wurde, der Verwalter pflegschaftlicher Gelder aber nach den dießfalls bestehenden gesetzlichen Bestimmungen solche nur auf gerichtliche Unterpfänder von zweifachem Werthsbetrage der zu versichernden Kapitalssumme auszuleihen ermächtigt, und das Ausleihen gegen eine geringere als zweifache Versicherung durch Unterpfänder ihm untersagt ist, auch der betreffende Pfleger das Darlehen erst auf die Mittheilung des den fraglichen Anschlag enthaltenden Informativpfandscheines zugesagt hat, so muß in Uebereinstimmung mit der dießfälligen klägerischen Behauptung als feststehend angenommen werden, daß, wenn die verpfändete Liegenschaft nach ihrem wahren Werthe angeschlagen worden wäre, das Darlehensgeschäft gar nicht zu Stande gekommen seyn würde, weil in diesem Falle der Anschlag den zweifachen Betrag der Darlehenssumme weit nicht erreicht hätte, eine Ergänzung der Unterpfänder bis zum doppelten Werthsbetrage des Darlehens durch Verpfändung weiterer Liegenschaft aber dem Schuldner wegen Mangels an den hiezu erforderlichen unverpfändeten Gütern nicht möglich gewesen wäre. Ohne die Ueberschätzung der Pfandobjekte würde daher auch der in Folge der Hingabe des Darlehens eingetretene Verlust vermieden worden seyn, und es stellt sich somit jene Ueberschätzung als die Ursache des ganzen eingetretenen Verlustes dar. Hiegegen ist zwar geltend gemacht worden, daß möglicher Weise ein kleineres, der Hälfte des wirklichen Werthsbetrags der Unterpfänder entsprechendes Kapital von dem Pfleger hätte gegeben werden können, und daher die Verfehlung der Unterpfandsbehörde nicht als die verantwortliche Ursache der Hingabe des *ganzen* Kapitals und somit auch nicht des *ganzen* eingetretenen Verlusts erscheine. Allein, für die Annahme, daß im Falle eines dem wahren Werth

entsprechenden Anschlags derselben ein Darlehensvertrag über irgend eine geringere Summe zu Stande gekommen wäre, fehlt es an jedem Anhaltspunkte; es ist völlig ungewiß und nicht einmal wahrscheinlich, daß dem Schuldner, welcher die nachher gegebene größere Summe auf die Pfänder aufnehmen wollte, mit einer kleineren Summe gedient gewesen wäre, und daß er ein solches kleineres Darlehen nur gewünscht hätte, und ebensowenig läßt sich beurtheilen, ob Seitens der Pflegschaft Geneigtheit zum Abschluß eines kleineren Darlehens vorhanden gewesen seyn würde. Leeren Vermuthungen kann aber eine Bedeutung irgend einer Art nicht eingeräumt werden. Als gewiß ist anzunehmen, daß dasjenige Darlehensgeschäft, dessen Eingehung den Verlust des Pfandgläubigers zur Folge hatte, ohne den übermäßigen Anschlag der Unterpfänder nicht zu Stande gekommen wäre, und dieß genügt, um den ursachlichen Zusammenhang zwischen dem Verlust des Gläubigers und der Ueberschätzung der Unterpfänder als erwiesen anzunehmen.[134] Dabei ist es gleichgiltig, wenn auch zufällige Umstände und Mittelursachen, welche die Unterpfandsbehörde bei ihrem Anschlag nicht voraussehen konnte, wie das außerordentliche Sinken der Güterpreise in Folge der politischen Ereignisse des Jahres 1848, dazu mitgewirkt haben, daß der Pfandgläubiger seine volle Befriedigung nicht erlangen konnte. Denn wenn gleich für den zufälligen Schaden an sich Niemand einzustehen hat, so hat doch Derjenige, welcher gesetz- oder vertragswidrig gehandelt, auch für den eine Sache zufällig getroffenen Schaden zu haften, wenn ohne seine gesetz- oder vertragswidrige Handlung der schädliche Zufall die Sache nicht hätte treffen können; — l. 5 §. 7, l. 18 pr. D. comm. (13, 6.), l. 1 §. 4 D. de obl. et act.

---

[134] Vergl. die Entsch. des Obertribunals v. 31. März 1852 mitgetheilt in Seuffert's Archiv Bd. 5, S. 389. Hoffmann im Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. 2, S. 437.

(44, 7), §. 2 Inst. quib. mod. re contr. (3, 15), l. 11 §. 1 D. locat.. (19, 2), Landrecht Thl. 2 Tit. 2 §. 1; — und zwar machen diese Gesetzesstellen die Ersatzpflicht nicht davon abhängig, daß der Ersatzpflichtige die Gefahr hätte voraussehen können, sondern sie erklären ihn für ersatzpflichtig, weil er vertragswidrig gehandelt, und weil, wenn er vertragsmäßig gehandelt hätte, der schädliche Zufall die Sache nicht getroffen haben würde. Dasselbe muß von Demjenigen gelten, welcher durch eine gesetzwidrige Handlung einen Schaden bewirkt, und es hat daher die Unterpfandsbehörde, welche gegen die ihr durch das Gesetz auferlegten Pflichten gehandelt, gleich Demjenigen, der seine Vertragspflichten verletzt hat, auch für den zufälligen Schaden zu haften, wenn ohne die pflichtwidrige Handlung solcher nicht eingetreten wäre. Die Unterpfandsbehörde, welche durch ihre übermäßige Taxation die Hingabe des Darlehens verursacht hat, hat damit den Gläubigern solchen Zufällen Preis gegeben, und daher auch für dieselben einzutreten." [135]

e) Dem Pfandgläubiger, welchem bei dem Verkauf seiner Pfänder in Folge eines nicht einmal den wahren Werth derselben erreichenden Erlöses ein größerer Verlust zugegangen ist, kann von der regreßpflichtigen Unterpfandsbehörde nicht entgegengehalten werden, daß er durch Selbstankauf der Unterpfänder einen Theil des Verlusts hätte vermeiden können. Denn der Pfandgläubiger war berechtigt, sein Geld zurückzuverlangen, und war nicht schuldig an dessen Statt die Pfänder auf die Gefahr hin, bei einem Wiederverkaufe noch weniger zu erlösen, selbst zu übernehmen. Wer aber in seinem Rechte handelt, dem kann der Vorwurf eigener Verschuldung nicht gemacht werden.

Entsch. des Obertribunals v. 26. Mai 1860 in S. U. c. F.

---

[135] Vergl. die Entsch. des Obertribunals v. 24. Sept./22. Okt. 1859 in S. A. c. W., mitgetheilt in Seuffert's Archiv Bd. 13, S. 202. Hoffmann a. a. O. S. 434 ff.

f) Wenn der Pfandgläubiger seine Unterpfänder selbst erkauft und nachher um eine seinen Kaufpreis übersteigende Summe wieder verkauft hat, kann die Unterpfandsbehörde hieraus eine Einrede zu ihren Gunsten nicht ableiten, und nicht verlangen, daß der Betrag des Mehrerlöses an dem von ihr zu ersetzenden Verluste des Pfandgläubigers in Abzug zu bringen seye. Es ist für die Ersatzverbindlichkeit der Unterpfandsbehörde ohne Einfluß, ob der Pfandgläubiger bei dem Wiederverkauf seiner von ihm erkauften Pfänder gewonnen oder verloren hat. Es ist dieser Kauf ein ganz neues, von dem Pfandgläubiger lediglich auf seine eigene Gefahr abgeschlossenes Rechtsgeschäft, dessen Folgen nur ihn berühren, und so wenig er, wenn die Liegenschaft um einen ihren wahren Werth übersteigenden Preis von ihm übernommen oder bei dem Wiederverkauf von ihm weniger erlöst worden, als er dafür gegeben, einen Ersatz dieses Verlusts von der Unterpfandsbehörde beanspruchen kann, ebensowenig kann diese einen etwaigen Gewinn des Pfandgläubigers bei dem sie überall nicht berührenden neuen Rechtsgeschäft zu ihren Gunsten geltend machen. Wie der Pfandgläubiger einen Verlust hiebei allein auf sich leiden müßte, so muß ihm auch ein Gewinn allein zu Statten kommen, und es kann die Unterpfandsbehörde zu ihren Gunsten hierauf so wenig sich berufen, als wenn der Pfandgläubiger bei irgend einer anderen Spekulation Etwas gewonnen hätte.

Entsch. des Obertribunals v. 30. August 1862 in S. Z. c. Unterpfandsbehörde B.

g) Den Pfandhilfsbeamten trifft nach den Bestimmungen des Art. 11. des Gesetzes v. 25. April 1828 und des Art. 36 des Pfandentwicklungsgesetzes v. 21. Mai 1828 dieselbe Verantwortlichkeit für die Beschlüsse der Unterpfandsbehörde, wie die übrigen Mitglieder dieser Behörde; es hat derselbe daher auch für die Richtigkeit von Pfandschätzungen dem Gläubiger ebenso zu haften. Ob er bei der Schätzung thätig mitgewirkt hat oder nicht, ist

für seine Verantwortlichkeit unerheblich, wenn nur der Pfandschein von ihm unterzeichnet worden ist. Denn in diesem Falle ist er nach Art. 149 des Pfandgesetzes als in die Schätzung einwilligend zu betrachten, und in Folge dessen nach Art. 229 des Pfandgesetzes für dieselbe verantwortlich.

Entscheid. des Obertribunals v. 8. April / 6. Mai 1859 in S. Z. c. M. und v. 30. August 1862 in S. Z. c. Unterpf.-Behörde B.

h) Die betheiligten Mitglieder der Unterpfandsbehörde haben nach Art. 235 des Pfandgesetzes für den durch ihre Verschuldung herbeigeführten Schaden solidarisch zu haften, vorbehältlich der ihnen im Falle der Zahlungsfähigkeit der einzelnen Betheiligten zustehenden Einrede der Theilung.

Entsch. des Obertribunals v. 30. Aug. 1862 in S. Z. c. Unterpfandsbehörde B.

40) Entlaßbarkeit eines auf Lebensdauer angestellten Privatdieners wegen injuriösen Benehmens gegen die Dienstherrschaft.

Nach der Natur des Dienstverhältnisses hat der Dienstherr Anspruch darauf, daß ihm der Dienende mit Achtung begegne, und es ist mit dem zwischen dem Dienstherrn und dem Dienenden bestehenden Verhältnisse unvereinbar, wenn der letztere dem Ersteren mit Bezeugung von Mißachtung und mit injuriösem Benehmen entgegentritt. Ist dieß der Fall, was nach den Umständen des einzelnen Falls zu beurtheilen ist, so ist der Dienstherr befugt, das Dienstverhältniß aufzuheben. Dieß gilt auch, wenn dem Bediensteten bei seiner Anstellung eine lebenslängliche Anstellung zugesichert worden. Denn die lebenslängliche Dienstanstellung kann dem Diener gegen eine frühere Dienstentlassung einen unbedingten Schutz nicht gewähren, da die Fortdauer des Dienstverhältnisses selbstverständlich voraussetzt, daß dem Diener kein begründeter Vorwurf, welcher seiner ferneren Dienstleistung im

Wege stünde, trifft. Ebenso wird durch den Umstand nichts geändert, wenn, wie bei der Anstellung von standesherrlichen und ritterschaftlichen Beamten häufig geschieht, diesen zugesichert worden ist, daß ihre Entlassung nur nach Maßgabe der Bestimmung des §. 47 der Verf.-Urkunde bezüglich der Entlaßbarkeit der Administrativ- und Commun-Beamten solle verfügt werden können. Denn bei der Unanwendbarkeit des dort vorgeschriebenen Verfahrens auf Privatdiener kann in dieser Zusicherung nur das gefunden werden, daß die Dienstherrschaft sich des Rechts begeben hat, den Diener willkührlich und ohne erhebliche Gründe zu entlassen, und daß, wenn es sich nicht um die Entfernung des Dieners wegen Verbrechen oder gemeiner Vergehen in Folge strafgerichtlichen Verfahrens handelt, zum Mindesten die Kognition des Civilrichters im Falle des Streits berufen seyn soll, den Dienstherrn gegen unbegründete Fortdauer des Dienstverhältnisses, sowie den Diener gegen unbegründete Entlassung zu schützen, wobei Verfehlungen des Dieners, welche dessen Stellung, wenn er Staats- oder Korporationsdiener wäre, in dem Staats- und Korporationsdienste ebenfalls unhaltbar oder unmöglich machen würden, als Dienstverfehlungen im Sinne des gedachten §. 47 beurtheilt werden sollen. Dahin gehören aber auch grobe Injurien gegen die Dienstherrschaft.

Entsch. des Obertribunals v. 18. Juni 1861. in S. H. c. v. G.

41) Verbindlichkeit zum Ersatz des durch Unterlassungshandlungen verursachten Schadens.

Wer eine Handlung vornimmt, welche Dritte zu beschädigen geeignet ist, hat die Pflicht, gegen die schädlichen Folgen dieser Handlung die geeignete Vorkehrung zu treffen, wie denn beispielsweise die Gesetze in l. 31 D. ad leg. Aquil. (9,2.) und §. 5. J. de leg. Aquil. (4,3) den putator arboris (Baumverschneider), welcher einen Baumast auf die gangbare Straße, sey dieß ein öffentlicher oder

Privatweg, herabwirft, ohne dießfalls zuvor in einer Weise gewarnt zu haben, daß es nur eigener Unvorsichtigkeit des Vorübergehenden beizumessen ist, wenn er dem Wurfe nicht ausweicht, für schadenersatzpflichtig erklären, ferner in l. 30, §. 3. D. eod. denjenigen, welcher auf seinem Felde ein Feuer anzündet, und hiebei gegen das Umsichgreifen des Feuers die nöthigen Vorsichtsmaßregeln vorzukehren unterlassen hat, (qui non observavit, ne ignis longius procederet) für die Beschädigung fremden Eigenthums durch das Umsichgreifen der Flamme verantwortlich machen. Nach diesen gesetzlichen Beispielen sind auch Unterlassungs-Handlungen als Grund der Schadenersatzverbindlichkeit erklärt, wenn Naturkräfte in Bewegung und Thätigkeit versetzt werden, welche, sich selbst überlassen, Beschädigungen an Personen und Eigenthum herbeizuführen geeignet sind, und wenn solchen vorzubeugen unterlassen wird, und zwar macht bei solchen Schadenstiftungen jede Verschuldung verantwortlich, welche überhaupt in den Grenzen der Zurechnung liegt. „In lege Aquilia et levissima culpa venit." l. 44. pr. D. ad leg. Aquil. (9,2). [136]

Entsch. des Obertribunals v. 8. April 1862 in S. R. u. Gen. c. F.'sche Erben.

---

[136] In dem Falle, bei dessen Entscheidung die obigen Sätze ausgesprochen wurden, waren mehrere Holzmacher damit beschäftigt gewesen, Holzstämme, welche oberhalb eines steilen Abhangs gefällt worden, über diesen Abhang auf die Straße herabschießen zu lassen. Durch einen dieser Holzstämme war ein vorübergehendes Mädchen, deren Warnung die unten auf der Straße aufgestellten Arbeiter unterlassen hatten, an der Hand schwer beschädigt worden. Wegen jener Unterlassung wurden die letztgedachten Arbeiter auf den Grund der obigen Rechtssätze zum Schadenersatz verurtheilt, weil es eine in der Oertlichkeit und Beschaffenheit des von den Holzhauern vorgenommenen Geschäfts begründete und jedem halbwegs sorgfältigen und denkenden Menschen von selbst sich aufdringende Pflicht der auf der Straße aufgestellten Arbeiter gewesen, die Vorübergehenden, so lange die Möglichkeit einer Gefährdung durch die oberhalb des Abhangs in Arbeit befindlichen Holzhauer vorgelegen, vor der ihnen drohenden Gefahr zu warnen,

42) Schadenersatz wegen Tödtung eines Menschen.

Die durch den Art. 13 des Gesetzes vom 5. Sept. 1839 im Falle der Tödtung eines Menschen dem Thäter auferlegte Verbindlichkeit zum Ersatze des Schadens, welcher den von dem Getödteten zu alimentirenden Personen durch seinen Tod zugegangen, tritt ein, sobald gewiß ist, daß die Handlung des Thäters die wirkende Ursache des erfolgten Todes war. Dabei ist es, wenn die Handlung des Thäters eine widerrechtliche war, für die civilrechtliche Verschuldung desselben gleichgiltig, wenn seine Handlung auch nur mittelbar, z. B. durch die Herbeiführung einer tödlichen Krankheit, den Tod veranlaßt hat, sobald nur feststeht, daß lediglich durch die fragliche Handlung diese Krankheit und in deren Folge der Tod herbeigeführt worden ist. Ebenso wird an der Schadenersatzpflicht des Thäters dadurch nichts geändert, wenn er auch die Folge seiner Handlung als eine mögliche nicht wohl vorhersehen konnte, da derjenige, welcher eine widerrechtliche Handlung begeht, für jeden aus derselben entspringenden Schaden einzustehen hat. Auch ist es unerheblich, wenn der an den Folgen einer Mißhandlung Gestorbene in Folge seiner körperlichen Beschaffenheit mehr Anlage als Andere zu der durch die Mißhandlung herbeigeführten Krankheit gehabt haben sollte, welche den sofortigen Tod zur Folge hatte.

Entsch. des Obertribunals vom 1. Juni 1861 in S. R. c. K.

---

und die Unterlassung dieser Warnung dadurch nicht entschuldigt seye, daß die fraglichen Arbeiter in der, wenn auch durch manche Umstände unterstützten, Meinung gewesen, es seye das Herabwerfen der Baumstämme von den oberhalb befindlichen Arbeitern eingestellt worden, vielmehr bei der Höhe der Gefahr für Leben und Gesundheit der Vorübergehenden es immerhin noch als eine den Bekl. zur Schuld zuzurechnende Unvorsichtigkeit betrachtet werden müsse, wenn sie sich mit einem bloßen Wahrscheinlichkeitsschluß hinsichtlich der Einstellung der Arbeit begnügt, und unterlassen haben, sich hierüber völlige Gewißheit zu verschaffen. Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 15, Nro. 129.

43) Angebliche Würzburger Diöcesanobservanz bezüglich der kirchlichen Baupflichtigkeit der Laienzehnten.

Die Behauptung, daß in der ehemaligen Diöcese Würzburg die allgemeine Observanz gegolten habe, daß auch die Besitzer weltlicher Zehenten der kirchlichen Baulast unterliegen, hat das Obertribunal in einem neuerdings entschiedenen Falle nicht als erwiesen angenommen.[137] Zwar ist es, sagen die Motive, eine bekannte geschichtliche Thatsache, daß vielfach versucht worden ist, auch die Laienzehenten als baupflichtig anzusprechen, und daß dieß insbesondere auch von Seiten der bischöflichen Kurie zu Würzburg geschehen ist.[138] Ebenso bekannt ist es aber auch, daß diesem Bestreben der Kurie zu Würzburg von Seiten der hiebei vorzugsweise betheiligten Reichsritterschaft in Franken auf das entschiedenste entgegengetreten, und die Berechtigung ihres Widerspruchs insbesondere in dem auf ihre Veranlassung gestellten, unter dem Titel: „Vindiciae Libertatis Decimarum laicalium ad Refectionem Ecclesiarum parochialium (1729)" bekannten Gutachten von J. H. Böhmer nachgewiesen worden ist. Wenn dessenungeachtet der vorvormalige Würzburg'sche Geheimerath und Professor Barthel in seinen Annotationes ad universum jus canonicum (Col. et Francof. 1757) L. III. tit. 48. Qu. 1. p. 319 die Frage: „An etiam decimatores laici teneantur reparare Ecclesiam?" dahin beantwortet: „Si non adsint sufficientes reditus, nec constet, cui onus fabricae incumbat? in Dioecesi Herbipolensi ex generali consuetudine tenentur," so ist dieß eben eine unerwiesene Behauptung, für deren Zuverläßigkeit der Umstand nicht gerade spricht, daß zum Beweise der angeblichen Würzburger Observanz

---

[137] Vergl. auch Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 3, S. 69 f.

[138] Reinhardt, kirchl. Baulast S. 47 ff. Seuffert, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 4, S. 81 ff.

auf einen Baufall sich berufen wird, welcher Allem nach derselbe ist, der das entgegenstehende Böhmer'sche Gutachten veranlaßt hat. Auch spricht gegen das Bestehen der Observanz der Umstand, daß in der s. g. Responsio Herbipolensis, — welche der Bischof Johann Philipp zu Würzburg im J. 1708 zu Widerlegung eines von der Juristenfakultät zu Tübingen auf Veranlassung von Mitgliedern des fränkischen Reichsadels gestellten Gutachtens, wodurch die Frage von der Baupflicht der Laienzehnten verneint worden, durch seinen geistlichen Rath abfassen ließ, — der angeblichen Observanz nicht erwähnt ist,[139] während dieß im Falle des wirklichen Bestehens einer solchen Observanz am nächsten gelegen wäre. Zwar erwähnen nach dem Vorgang von Barthel auch Wolfgang Schmitt und Franz Anton Dürr in ihren Schriften wiederum der Würzburgschen Observanz, allein ohne für deren Beweis etwas Weiteres beizubringen, und wenn Dürr dieselbe sogar „universalem Germaniae consuetudinem" nennt, so zeigt dieß am besten, was von diesem Zeugnisse zu halten ist. Auch ist nicht ohne Bedeutung, daß andere Würzburger Professoren, Hauß[140] und Gregel,[141] in ihren einschlagenden Dissertationen der Observanz nicht erwähnen. Wohl mag es seyn, daß die Kurie zu Würzburg in ähnlicher Weise, wie dieß auch bei der bischöflichen Kurie zu Konstanz der Fall war, den von ihr angenommenen Satz der Kirchenbaupflichtigkeit auch der Laienzehenten in einzelnen Fällen zur Anwendung gebracht und diesem entsprechende Entscheidungen gefällt hat. Allein selbst wenn ein dießfälliger konstanter Gerichtsgebrauch der Kurie zu Würzburg erwiesen wäre, so würde damit für sich allein

---

[139] Reinhardt, a. a. O. S. 48, 51.

[140] Diss. de eo, quod justum est circa onus reficiendi aedificia ecclesiastica. Wirceb. 1781. §. XXIX, p. 63.

[141] Diss. de onere refic. eccles. Wirceb. 1793. §. XLVII—LI. p. 41—46.

das Bestehen eines Gewohnheitsrechts noch nicht dargethan seyn. Denn wenn auch der Gerichtsgebrauch unter gewisser Voraussetzung ein Erkenntnißmittel für das Bestehen eines Gewohnheitsrechts abgeben kann, so kann ihm eine solche Bedeutung dann nicht zukommen, wenn lediglich die Auslegung des geschriebenen Rechts seine Grundlage bildet.[142] Bei dem Umstande, daß in fraglicher Zeit gerade darüber Streit war, ob nach den Grundsätzen des bestehenden kanonischen Rechts auch Laienzehenten zu den Kirchenbaukosten beigezogen werden können, ist aber anzunehmen, daß die Kurie, indem sie die Besitzer von Laienzehenten als kirchenbaupflichtig erkannte, dieß lediglich in der Annahme, das von ihr dahin ausgelegte kanonische Recht anzuwenden, nicht aber in der Absicht, sich dadurch zum Organe einer im Volke lebenden Rechtsüberzeugung zu machen, gethan hat.

Entsch. des Obertribunals vom 28. Juni 1861 in S. der Gemeinde N. c. die St.-Herrsch. H. L.

44) Die bei successorischen Eheverträgen nothwendigen Zeugen müssen nicht nur die Eigenschaft von Solennitäts-, sondern zugleich von Beweiszeugen haben.

Ein Ehevertrag, wodurch die gesetzliche Erbfolge geändert wird, bedarf nach der Bestimmung des Landrechts Theil III., Tit. 8, §. 3 zu seiner Giltigkeit der Zuziehung von drei Zeugen auf jeder Seite. Diese Zeugen sind, da ihre Zuziehung die formelle Bedingung für die Giltigkeit der successorischen Eheverträge und die gesetzliche Form derselben bildet, Solennitätszeugen,[143] sie müssen jedoch,

---

[142] Die nähere Ausführung dieses Satzes siehe oben Nro. 1 dieser Mittheilungen.

[143] Es ist daher unrichtig, wenn Reyscher, württ. Priv.-R. Bd. 3, §. 597, Note 4 sagt, es seyen unter den bei successorischen

nach der Bestimmung des Landrechts, um giltige Solennitätszeugen zu seyn, zugleich die Fähigkeit von Beweiszeugen haben. Hiefür sprechen schon die Worte des Landrechts: „es sollen solche unverwandte Personen seyn, welche „den paciscirenden Ehegemächten ab intestato nicht succediren, sondern auf den Fall für unparteiische oder „taugenliche Zeugen gehalten werden mögen." Denn der Intestaterbe, wenn er nicht zum Erben eingesetzt wird, ist ein giltiger Testamentszeuge, er ist aber ein ungiltiger Zeuge bei successorischen Eheverträgen, wenn er auch darin in keiner Weise bedacht ist; also ist schon hierin eine Beschränkung der Solennitätszeugen bei den letzteren gegeben. Sodann können die Worte: „sondern — mögen" nicht bloß als der reine Gegensatz von den Worten: „solche — succediren" betrachtet werden, weil sie sonst ganz überflüssig wären, und weil die Worte: „auf den Fall u. s. w." schon an sich auf die Zukunft, wo die Zeugen als taugliche Zeugen gebraucht werden mögen, hinweisen, was auch durch die Eisengrein'sche Relation bestätigt wird. Nach Eisengreins Gesetzesentwurf und den Motiven hiezu sollten nämlich zu Eheerbverträgen von jedem Gatten als Zeugen zwei solche Personen, die „nit der paciscirenden Ehegemächt Erben ab intestato, sondern uff für fallenden künftigen Stritt und Nottdurftsfall zur Zeugschaft von Rechtswegen taugenlich seyen, gebraucht werden." Zwar steht diese Bestimmung in dem Entwurf an der Stelle, wo von unverbrieften Ehebereredungen die Rede ist; allein aus der unmittelbar darauf an die Paciscenten gerichteten Ermahnung, die Eheberedung in Schriften zu verfassen, und mit den Zeugen zu unterzeichnen, weil durch Absterben der letzteren und „dannenhero an der Beweisung ervolgenden Mangel stritt und irrungen leichtlichen volgen mögen," und den Mo-

---

Eheverträgen erforderlichen Zeugen nur Beweiszeugen und keine Solennitätszeugen zu verstehen.

tiven ergibt sich ganz unzweifelhaft, daß diese Bestimmung sowohl für mündliche als schriftliche Eheerbverträge gegeben ist. [144] Wenn gleich der Eisengrein'sche Entwurf in den späteren Gesetzgebungsarbeiten insbesondere in dem Reinhardt-Englin'schen Landrechtsentwurf wesentliche Aenderungen erlitten hat, so ist doch gerade die aus dem ersten Entwurfe ausgehobene Stelle nur mit einiger Abkürzung, sonst aber beinahe wörtlich in das neueste Landrecht aufgenommen worden. [145]

Sollen hienach die Zeugen bei successorischen Eheverträgen die Eigenschaft tauglicher Beweiszeugen haben, so können Brüder nicht als taugliche Zeugen erkannt werden, weil sie im Landrecht Thl. 1. Tit. 36 §. 7 der Regel nach für unfähige Zeugen erklärt sind.

Entscheidung des Obertribunals vom 6./24. April 1861 in S. K. und Gen. c. M. [146]

45) Die bei successorischen Eheverträgen nothwendigen Zeugen müssen bei deren Errichtung anwesend seyn.

Wenn auch, da das Gesetz nicht ausdrücklich die Einheit des Akts für die Errichtung successorischer Eheverträge fordert, der Ansicht mehrerer Rechtslehrer beigepflichtet werden kann, daß eine Einheit der Handlung, wie solche bei Testamentserrichtungen erfordert wird, nicht als unumgängliche Bedingung der Rechtsbeständigkeit des Vertrags anzusehen sey, [147] so ist doch die von Besold [148]

[144] Faber und Schloßberger, Vorarbeiten zum württ. Landrecht S. 353, 355, 356.

[145] Ebendas. S. 356, 657.

[146] Der Rechtsfall, welchem obige Sätze entnommen sind, wird auch mitgetheilt von Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 5, S. 78 ff.

[147] Besold, ad P. III, jur. Württ. §. 69. Lauterbach, Coll. theor. pr. P. II, p. 445. Stryk, Tract. de success. ab int. diss. VIII. de pact. succ. cap. V. §. 8. Griesinger, Comm. Bd. 5, S. 250. Reyscher, württ. Priv.-R. Bd. 3, §. 597, Note 4.

[148] a. a. O.

weiter ausgesprochene Ansicht, es sey nicht einmal die Anwesenheit der Zeugen erforderlich, es könne vielmehr, wie dieß häufig geschehe, den einzelnen Zeugen die Vertragsurkunde zur Unterzeichnung in's Haus geschickt werden nicht für richtig zu erachten, da nach der Bestimmung des Landrechts Thl. III. Tit. 8, §. 3, die beizuziehenden Zeugen „ohnverwandte Personen und auff den Fall ohnparteiische oder taugenliche Zeugen", dieselben somit nicht blos Solennitäts- sondern zugleich auch Beweiszeugen seyn sollen, Zeugen der letzteren Art aber über den Abschluß des Vertrags, und zwar in der vorgeschriebenen Form, in der That Zeugen aus eigenem Wissen seyn müssen, [149] und mithin an sie, die Zeugen, die Vorlegung der Vertragsurkunde oder die Eröffnung der Willenserklärung unmittelbar von den Paciscenten selbst geschehen seyn muß. [150]

Entscheidung des Obertribunals vom 20. Dezember 1861 in S. K. u. G. c. H.

---

149 Sarwey, Monatschr. Bd. 10, S. 241—243.

150 Meines Erachtens bedarf es zur Entscheidung der obigen Frage der Herbeiziehung des Satzes, daß die bei successorischen Eheverträgen nothwendigen Zeugen nicht blos Solennitäts-, sondern zugleich auch Beweiszeugen seyn müssen, nicht. Auch aus der Eigenschaft der Zeugen als Solennitätszeugen, was sie unzweifelhaft sind, da ihre Beiziehung und Mitwirkung die formelle Bedingung der Giltigkeit des Geschäfts bildet, folgt nothwendig das Erforderniß ihrer Anwesenheit bei der Errichtung des Ehevertrags. Denn die Form ist als eine Einheit zu betrachten, welche nicht aufgelöst werden kann, ohne jene selbst zu vernichten. Wird daher die Giltigkeit eines Geschäfts an die Form der Beiziehung von Zeugen gebunden, so ist damit von selbst ausgesprochen, daß die Zeugen bei dem Geschäfte anwesend seyn müssen, da ja die Form, oder m. a. W. die Solennität, eben hierin, in der Anwesenheit der Zeugen bei dem Geschäfte, besteht. Hieraus ergibt sich dann auch die Bejahung der weiteren Frage, ob sämmtliche Zeugen gleichzeitig anwesend seyn müssen, wie denn auch darüber, daß Solennitätszeugen in Einem Akte handeln müssen, kein Streit herrscht, und daher, wenn die in Note 1 Angeführten die Nothwendigkeit der gleichzeitigen Gegenwart der bei successorischen Eheverträgen erforderlichen Zeugen läugnen,

46) Fallen Erbverzichte der Eheleute unter den Begriff von successorischen Eheverträgen.

Erbverzichte der Eheleute sind unter diejenigen Erbverträge zu stellen, bei welchen, wenn sie giltig seyn sollen, die im Landrecht Thl. 3, Tit. 8, §. 3 vorgeschriebene Form der Zuziehung von drei Zeugen auf jeder Seite beobachtet werden muß. Hiefür haben sich schon Griesinger[151] und Besold[152] ausgesprochen, und nicht ein Schriftsteller über das württembergische Recht hat eine hievon abweichende Ansicht aufgestellt, vielmehr drücken sich alle so allgemein aus, daß auch von ihnen angenommen werden darf, sie seyen derselben Ansicht.[153] Auch wird von Kapff[154] eine auf ein Gutachten der Juristenfakultät zu Tübingen gegründete Entscheidung mitgetheilt, in welcher ein, die wechselseitige Entsagung auf alle Erbschaftsansprüche enthaltender Vertrag zwischen zwei Eheleuten als giltig angenommen wurde, weil er unter Beobachtung der in dem Landrecht a. a. O. vorgeschriebenen Förmlichkeiten geschlossen worden. Unter den in den Tübinger Consilien[155] zusammengestellten Ent-

dieß nur daraus sich erklären läßt, daß dieselben die Eigenschaft der Zeugen als Solennitätszeugen nicht im Auge behalten, oder wie Reyscher nicht anerkennen. Eine **unitas actus** in dem strengen Sinne, wie bei der Errichtung von Testamenten, wird jedoch allerdings nicht erfordert, da dieß aus der Vorschrift der Beiziehung von Solennitätszeugen nicht von selbst folgt, und eine besondere dießfällige Vorschrift nicht besteht.

151 Comm. Bd. 6, S. 417.

152 **ad part. III**, §. 123.

153 Volley, Amtsinstruktion für Notare. Tit. 14, §. 6, Z. V, 2. in Vergleichung mit den Motiven S. 113 und mit der Vorrede S. IV. Reyscher, württ. Priv.-R. Thl. 3, §. 597. Weishaar, württ. Priv.-R. Thl. 1, §. 222, 226. Jeitter, freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 1, §. 192. Kübel, Erbrecht (3. Aufl.) §. 281. Reinhardt, Comm. Bd. 2, S. 72.

154 Merkw. Civilrechtsspr. Bd. 1, S. 299. vergl. mit S. 292.

155 **Vol. IX. cons. 31, N. 34.**

scheidungen über successorische Eheverträge findet sich zwar eine Entscheidung über die Giltigkeit oder Ungiltigkeit formloser Erbverzichte nicht. Der Grund hievon liegt aber wohl nur darin, weil die Fälle, wo dem einen oder anderen Ehegatten Etwas zugewendet wird, die Regel bilden werden und mehr Anlaß zum Streit geben. Dagegen finden sich in den Consilien einige Fälle, in welchen das Erbrecht des einen oder anderen Ehegatten durch den Ehevertrag geschmälert und zum Theil auf ein sehr geringes Maß herabgesetzt wurde, und diese Eheverträge sind von der Tübinger Juristenfakultät wegen mangelnder Beobachtung der Landrechtsform für ungiltig erklärt worden. Wird aber durch den Ehevertrag das Erbrecht eines Ehegatten geschmälert, so ist dieß nichts anderes als ein theilweiser Erbverzicht, und es ließe sich ein Grund nicht absehen, der den Gesetzgeber bestimmt haben sollte, bei einer bloßen Schmälerung des Erbrechts die Beobachtung einer gewissen Form vorzuschreiben, einen gänzlichen Erbverzicht aber, also das Mehr, ohne alle Form als giltig anzuerkennen. Hienach wird man annehmen dürfen, daß der Eingangs aufgestellte Satz in Theorie und Praxis stets anerkannt gewesen. Erst in jüngerer Zeit, in einer Entscheidung vom 22. November 1853 in S. N. c. H., hat sich das Obertribunal für die entgegengesetzte Ansicht und dafür, daß ein Erbverzicht nicht unter den landrechtlichen Begriff eines successorischen Ehevertrags zu stellen seye, ausgesprochen;[156] allein schon am 22. Februar 1854 in S. B. c. B. wurde diese Ansicht wieder in Zweifel gezogen, und als die Frage in jüngster Zeit in S. K. und Gen. c. M. wiederholt in Anregung kam, gaben die der früher angenommenen Ansicht ent-

---

[156] In dem von Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 2, S. 81 ff. mitgetheilten Fall kam die Frage, ob bei Erbverzichten der Eheleute die für successorische Eheverträge vorgeschriebene Form beobachtet werden müsse, nicht zur Entscheidung.

gegenstehenden Bedenken Anlaß zu einer Berathung in voller Versammlung des Civilsenats des Obertribunals, in welcher am 6. April 1861 der oben vorangestellte Satz wieder angenommen worden ist.

„Unverkennbar", ist in den Motiven dieser jüngsten Entscheidung gesagt, „wollte das Landrecht über Ehebe-redungen auf eine erschöpfende Weise Bestimmungen geben, und im §. 3 im Gegensatz zu §. 1 Vertragsbestimmungen zwischen den Eheleuten, welche ihr Verhältniß während der Ehe betreffen, von solchen, welche für den Fall des Absterbens hinsichtlich der Vererbung gegeben worden, unterscheiden; jene sind nach §. 1 ohne alle Form giltig, für letztere aber wird im §. 3 für ihre Giltigkeit eine Form in so allgemeinen Worten vorgeschrieben, daß darunter auch Erbverzichte fallen, insofern auch sie eine Vergleichung der Eheleute ihrer Succession halber sind. Sodann läßt sich als Grund des Gesetzes kein anderer denken, als durch diese Form einer bei dem innigen Verhältnisse der Paciscenten möglichen ungebührlichen Einwirkung des Einen auf die Freiheit des Willens des Andern eine Schranke zu setzen, was auch in der weiteren Bestimmung, daß die Intestaterben der Paciscenten nicht als Zeugen beigezogen werden sollen, sich zu erkennen gibt. Dieser gesetzliche Grund trifft aber ebensowohl bei einem Erbverzichte, als bei einem erwerbenden Erbvertrage zu."

In der Eisengrein'schen Relation ist zwar nur von Erbeinsetzungsverträgen, von pactis successoriis acquisitivis ausdrücklich die Rede.[157] Allein die Hervorhebung solcher Eheverträge, durch welche einem Ehegatten mehr zugewendet werden will, als ihm ab intestato gebühren würde, erklärt sich daraus, daß dieß die häufigeren Fälle

---

[157] Faber und Schloßberger, Vorarbeiten zum württ. Landrecht S. 351, 353.

sind, und deren Erwähnung daher am nächsten lag, und läßt sich daher zum Beweise einer beabsichtigten Beschränkung der Vorschrift der Zuziehung von Zeugen auf erwerbende Erbverträge der Eheleute nicht geltend machen. Wäre eine solche, vom gesetzgeberischen Standpunkte aus durchaus unmotivirte Unterscheidung zwischen erwerbenden Erbverträgen und Erbverzichten der Eheleute und die Zulassung der letzteren ohne alle Form beabsichtigt worden, so wäre diese Unterscheidung in dem Eisengrein'schen Entwurf gewiß hervorgehoben worden, während dieser für alle „Abredungen" von Eheleuten „darin von künftigen Erbfällen disponiert und allein ..... gehandelt würdt" die Beobachtung der fraglichen Form vorschreibt,[158] diese Worte aber beiderlei Arten von Erbverträgen umfassen, was ebenso auch von dem Entzlin'schen Entwurf[159] und den hiemit fast wörtlich übereinstimmenden Worten des Landrechts selbst gilt.[160]

47) Haftung des einen Ehegatten für Delictsschulden des anderen im Falle allgemeiner Gütergemeinschaft.

Ein Gerichtshof hatte die Frage, ob bei allgemeiner Gütergemeinschaft die Ehefrau für Verbindlichkeiten des Ehemanns aus einem von ihm während der Dauer jener Gemeinschaft verübten Verbrechen einzustehen habe, bejaht, indem es im Begriffe und Wesen der allgemeinen Gütergemeinschaft liege, daß dadurch das gesammte Vermögen der Eheleute zu einer ungetheilten Masse werde, so daß die vor der Ehe existent gewesenen Rechte jedes Ehegatten

[158] Ebendas. S. 363.

[159] Ebendas. S. 657.

[160] Obige Entscheidung findet sich auch in Tafel's Civilrechtsspr. Bd. 5, S. 80 ff., wo auch die Entsch.-Gründe des Gerichtshofs abgedruckt sind.

an den einzelnen Gegenständen des beiderseitigen Vermögens in dem nun entstehenden Miteigenthum der Eheleute an der gemeinschaftlichen Masse aufgehen, und daher alle vor und während der Ehe entstandenen Schulden aus diesem gemeinschaftlichen Vermögen zu bezahlen seyen. Hiegegen wurde geltend gemacht, daß die allgemeine Gütergemeinschaft als eine wahre Gesellschaft zu betrachten sey, und es den Grundsätzen des römischen Rechts über Societät widerspreche, wenn die Folgen eines Verbrechens von dem Vermögen des an solchem unschuldigen Ehegatten getragen werden müßten. Das Obertribunal trat jedoch der Ansicht des Gerichtshofs bei, indem dasselbe bemerkte: Zwar ist über das der allgemeinen Gütergemeinschaft überhaupt zu Grunde liegende Rechtsverhältniß für Württemberg durch kein Gesetz entschieden, und es sind die Ansichten der Rechtslehrer hierüber von einander abweichend und zur Zeit noch nicht als festgestellt zu betrachten.[161] Allein nicht nur hat die Ansicht, welche bei der allgemeinen Gütergemeinschaft von dem Prinzip eines Gesammteigenthums ausgeht, sowohl früher als bis auf die neueste Zeit in der Doctrin ihre Vertheidiger gefunden,[162] sondern es hat auch das Obertribunal an dieser Auffassung als dem deutschen Recht entsprechend in meh-

---

[161] Vergl. Sarwey, Monatschr. Bd. 2, S. 193 ff. Bd. 7, S. 31 ff. Gerber, deutsches Priv.-R. (4. Aufl.) §. 230, 231. Hillebrand, deutsches Priv.-R. §. 167. Runde, eheliches Güterrecht §. 63, 64, 65, S. 148 ff. und S. 390. Hasse, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft S. 56 ff. Deiters, die eheliche Gütergem. S. 57 und 192.

[162] Hofacker, Princ. jur. civ. Tom, I, §. 457, 460, 483. Philipps, deutsches Priv.-R. Bd. 1, §. 86; Bd. 2, §. 140, 143, und dessen Lehre von der ehelichen Gütergem. S. 215 ff. Beseler, Lehre von den Erbverträgen Bd. 1, S. 4, 75—76, 81, 85 ff., 94, 106, 180. Bluntschli, deutsches Priv.-Recht (2. Aufl.) §. 162, lit. D. §. 165. Bolley, in Sarwey's Monatschr. Bd. 7, S. 34, 35.

reren Entscheidungen bis in die neueste Zeit festgehalten.[163] Geht man hievon aus, so existirt ein Sondergut des einen oder anderen Ehegatten während der Dauer der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht, es werden also auch die Schulden gemeinschaftlich,[164] und es kann demzufolge die Ersatzverbindlichkeit aus dem Vergehen eines Ehegatten nur dem gemeinschaftlichen Vermögen obliegen.[165]

Entscheidung des Obertribunals vom 4. März 1862 in S. A. c. Stiftungspflege A.

48) Verfügungsrecht des überlebenden Ehegatten über das gemeinschaftliche Vermögen im Falle der Unterlassung einer Eventualtheilung.

Stirbt ein Ehegatte und es verzichten die Kinder zu Gunsten des überlebenden Gatten auf Vornahme einer Eventualtheilung unter der Bestimmung, daß bei einer später nothwendig werdenden Theilung das alsdann sich ergebende Vermögen die Grundlage derselben bilden solle,

---

[163] Entsch. des Obertribunals v. 2. Juni 1835 in S. J. c. J.; v. 14. April 1847 in S. M. c. Oe. W.; v. 20. Dez. 1861 in S. K. c. H. — Hiemit stimmt auch die von Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 2, S. 157 ff. mitgetheilte Entscheidung eines Gerichtshofs überein.

[164] Seuffert, Archiv Bd. 1, Nro. 247; Bd. 4, Nro. 235. a. Entsch. des Obertribunals v. 6. Juni 1851 in S. B. c. H.; v. 12. Sept. 1851 in S. L. c. N.; v. 4. Okt. 1851 in S. B. c. H.

[165] In dem Fall, der die obige Entscheidung veranlaßte, kam übrigens hinzu, daß die Eheleute in dem Ehevertrag hinsichtlich ihres gesammten in die Ehe gebrachten und während derselben zu erwerbenden und zu ererbenden beiderseitigen Vermögens eine ungetheilte gemeinschaftliche Masse, ein unbedingtes Gemeingut errichtet haben, so daß auf kinderloses Absterben des einen Ehetheils der Ueberlebende — gegen Entrichtung eines Rückfalls an die nächsten Verwandten des Verstorbenen — im Besitz des sämmtlichen Vermögens verbleiben sollte. Hierauf wurde die Annahme, daß ein gezweites Gut — ein Sondergut für den einen oder andern Ehegatten vor Eingehung des Ehevertrags nicht mehr existirt habe, neben der Bezugnahme auf die oben angeführte Thesis, vorzugsweise gebaut.

so steht in diesem Falle dem überlebenden Gatten das unbeschränkte Verfügungsrecht über das Gesammtvermögen der Eheleute zu. In dem §. 126 der Hauptinstruktion zum Pfandgesetze vom 14. Dezember 1825 ist diese Folge des Unterbleibens einer Eventualtheilung zwar nur für den Fall, daß die Eheleute in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt haben, ausdrücklich ausgesprochen. Allein daß die Hauptinstruktion nur von dem Falle der allgemeinen Gütergemeinschaft handelt, findet darin seine Erklärung, daß das Unterbleiben einer Eventualtheilung für den Fall des Verzichts der Betheiligten erst in dem Notariatsgesetze vom 14. Juni 1843 Art. 36 Ziff. 1 neu eingeführt worden ist. Dieselbe innere logische Nothwendigkeit, wie bei Fortsetzung der allgemeinen Gütergemeinschaft nach dem Ableben des einen Ehegatten bringt es aber mit sich, auch in dem Falle, wenn die Eheleute in der landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft gelebt haben, und eine Eventualtheilung in Folge Verzichts der Kinder unterblieben ist, dem überlebenden Ehegatten ordentlicher Weise das Recht der freien Verfügung über das beisammenbleibende Gesammtvermögen zuzuschreiben. Denn wenn unter Verzichtleistung auf eine Eventualtheilung und mit der (in Folge dessen sich von selbst ergebenden) Erklärung, daß lediglich das zur Zeit dereinstiger Theilung sich ergebende Vermögen die Grundlage derselben bilden soll, das gesammte vorhandene Vermögen in Bausch und Bogen im Besitz und in der Verwaltung des überlebenden Gatten bedingungslos belassen wird, so ist mit diesem Akte, der auf dem natürlichen Vertrauen beruht, daß das Ueberlebende die Familieninteressen, wie Sitte und Herkommen es mit sich bringe, gebührend wahren werde, dem Ueberlebenden unzweideutig die freie Dispositionsbefugniß über das gesammte Vermögen anheimgegeben. Auch bei der ständischen Berathung des Art. 36 des Notariatsgesetzes wurde davon ausgegangen, daß ein Verzicht der Erbsinteressenten auf

die Vornahme einer Eventualtheilung dem überlebenden Ehegatten die freie Dispositionsbefugniß über das vorhandene Vermögen einräume.[166]

Entscheidung des Obertribunals vom 14. Juni 1861 in S. Sch. c. B.[167]

49) Von welchem Zeitpunkte an hat der überlebende Ehegatte im Falle der Trennung einer Errungenschaftsgesellschafts-Ehe durch den Tod Zinse aus seinem Beibringen anzusprechen?

Wenn Ehegatten in der Errungenschaftsgesellschaft gelebt haben, und es wird die Ehe durch den Tod getrennt, so ist der überlebende Ehegatte berechtigt, sein Beibringen sofort zurückzunehmen, woraus von selbst folgt, daß wenn die Herausgabe von den Erben verweigert oder verzögert wird, der überlebende Ehegatte von der Trennung der Ehe an auch Zinsen aus seinem Beibringen beanspruchen kann. Zwar wird sich hiegegen auf die Bestimmung der cst. un. §. 7, Cod. de rei ux. act. (5, 13) berufen, wonach, wenn bewegliche oder unkörperliche Dotalgegenstände nicht innerhalb eines Jahres nach Auflösung der Ehe zurückgegeben werden, der Ehemann verbunden ist, deren Werth mit 4 Prozent zu verzinsen. Allein die dos des römischen Rechts und das Beibringen der Ehefrau in der Errungenschaftsgesellschaft sind verschiedener Natur. Die römische dos wurde dem Manne bestellt, weil er aus seinem Vermögen die ehelichen Lasten allein zu bestreiten hatte, und kam in das Eigenthum

---

[166] Verh. der K. d. A. v. 1841/2. Bd. VI, Sitzung Nro. 80 v. 11. April 1842. S. 67 f., Bd. XVI, Beil.-Heft 1. Abth. 3. S. 205.

[167] Der Rechtsfall, in welchem die obige Entscheidung ergangen ist, wird auch mitgetheilt in Boscher's Zeitschr. für die freiw. Gerichtsbarkeit Jahrg. 1862, Nro. 1, S. 11 ff.

des Mannes.[168] Bei der Errungenschaftsgesellschaft aber sind jene Lasten von beiden Ehegatten zu tragen, das Beibringen bleibt im Eigenthum der Frau und nur das Recht der Verwaltung steht dem Manne zu. Bei dieser Verschiedenheit kann von Anwendung des römischen Rechts über die Zeit der Herausgabe der dos auf das Beibringen der in der Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehefrau keine Rede seyn, wie sich dieß auch noch besonders aus der Bestimmung des württembergischen Landrechts Thl. IV., Tit. 3, §. 3 und Tit. 4, §. 4 und 5 ergibt, wonach bei Trennung der ehelichen Gesellschaft durch den Tod des einen Ehegatten noch **vor** der innerhalb Monatsfrist zu eröffnenden Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens der überlebende Ehegatte sein Beibringen, mag es in liegenden Gütern oder in Baarschaft bestehen, zurücknimmt. Es sind vielmehr bei Trennung der ehelichen Gesellschaft durch den Tod die Erben des Verstorbenen verbunden, nicht nur, wie auch schon bei der dos des römischen Rechts, die zum Beibringen gehörigen Grundstücke, sondern auch die übrigen Beibringensgegenstände **sofort** zurückzugeben.

Entsch. des Obertribunals vom 17. Dez. 1861 in S. A.'sche Erben c. A.'sche Wittwe.

50) Erstreckt sich die elterliche Nutznießung auch auf den einem Kinde zustehenden Genuß einer Familienstiftung.

Familienstiftungen (im Gegensatz gegen eigentliche Familienfideikommisse) sind solche Stiftungen, welche die Bestimmung haben, daß Glieder der Familie unter gewissen Voraussetzungen oder für besondere Zwecke den Genuß der Einkünfte, Früchte, des Stiftungsvermögens oder eines Theils desselben auf lebenslang oder vorübergehend erhalten sollen. Das Recht der Familienglieder besteht somit in dem Recht auf einen Antheil an den

[168] Vergl. **meine** Diss. de dotis fructibus sol. matr. div. (1841) §. 1.

Früchten des Vermögens der Stiftung. Ob die elterliche Nutznießung sich auch auf diesen einem Kinde zustehenden Fruchtgenuß erstrecke, war in einem Spezialfalle bestritten, wurde aber von dem Obertribunal bejaht. Zwar, sagen die Motive, hat Justinian im Jahr 529 durch die const. 6 pr. Cod. de bonis, quae liberis (6, 61) dem Haussohn die Proprietät an dem Vermögen, welches er von anderen Personen als seinem Vater erwerbe, zugewendet, und nur den Nießbrauch dem Vater belassen. Gleichwohl aber hat er im Jahr 531 in der cst. ult. Cod. de usufructu (3, 33) für den Fall eines durch den Haussohn erworbenen Usufrukts an fremdem Vermögen verordnet, daß dieser Usufrukt nach der Entlassung des Sohns aus der väterlichen Gewalt unverändert bei dem Vater verbleiben solle, und damit ausgesprochen, daß der Vater diesen Usufrukt schon vorher, also von der Erwerbung durch den Sohn an auszuüben habe, die Ausübung dem Sohne von Anfang an nicht zukomme, mit anderen Worten: daß die kraft dieses Usufrukts bezogenen Früchte des fremden Vermögens nicht in das Sondergut des Sohnes, sondern in das Vermögen des Vaters kraft seines gesetzlichen Nutznießungsrechts übergehen. Das Recht eines Familienglieds auf Antheilnahme an den Früchten des Vermögens der Stiftung ist freilich kein Usufrukt, sondern ein mit Ausschluß aller anderen Befugnisse bezüglich des Stiftungsvermögens auf den Fruchtbezug aus demselben beschränktes Recht. Allein gegenüber dem gesetzlichen Nutznießungsrecht des Vaters kann bei dem von dem Kinde erworbenen Usufrukt an fremdem Vermögen nur das Prinzip dem Gesetze zu Grunde gelegen haben, daß kraft des Usufrukts die Früchte des fremden Vermögens als Früchte zu beziehen sind. Und dieses entscheidende Prinzip trifft bei dem Genusse von Familienstiftungen in gleicher Weise zu; denn das Recht der Familienmitglieder besteht in dem Rechte auf den Genuß der Früchte des Stiftungsvermögens. Die Konse-

quenz jenes Prinzips führt also zur analogen Anwendung des Gesetzes über die väterliche Ausübung des vom Sohne erworbenen Usufrukts auf Rechte der fraglichen Art.[169]

Entsch. des Obertribunals vom 3. Januar 1862 in S. W. c. W.

51) Nutznießungsrecht der überlebenden Mutter an dem ihrem Kinde nach ehegerichtlicher Scheidung der Ehe seiner Eltern von dessen Vater erblich zugefallenen Vermögen.

Wenn nach erfolgter gerichtlicher Scheidung einer Ehe der abgeschiedene Ehemann stirbt und von einem in der geschiedenen Ehe erzeugten Kinde beerbt wird, so entsteht die Frage, ob in diesem Falle der überlebenden Mutter das Nutznießungsrecht an dem jenem Kinde von dem verstorbenen Vater erblich zugefallenen Vermögen zusteht. Diese Frage ist zu bejahen. Zwar enthalten die Gesetze dießfalls keine ausdrückliche Bestimmung, da der §. 4 des Tit. 7 und der §. 4 des Tit. 8 im Thl. IV. des Landrechts von dem Falle handeln, wenn eine bestehende Ehe durch den Tod des einen Ehegatten getrennt worden, und den aus dieser Ehe vorhandenen Kindern von dem verstorbenen Vater oder Mutter Vermögen zugefallen ist, in welchem Fall dem überlebenden parens ein lebenslängliches Nutznießungsrecht an diesem Vermögen zustehen soll, der §. 2 des Tit. 9 im Thl. IV. des Landrechts aber nur für den Fall eine Bestimmung trifft, wenn nach der Trennung einer Ehe durch den Tod (also nicht durch Scheidung) einem aus dieser Ehe vorhandenen Kinde von des Vaters oder der Mutter Linie oder anders woher (also

[169] Uebrigens kann im einzelnen Falle das Nutznießungsrecht schon durch den Zweck der Stiftung ausgeschlossen werden, wie z. B. wenn eine Familienstiftung zu Bestreitung der Studienkosten, oder eines Lehrgelds, oder von Reisekosten bestimmt ist, und nur zu diesem Zwecke der Genuß einem Familienglied eingeräumt wird. In einem Falle dieser Art kann von einem elterlichen Nutznießungsrechte selbstverständlich keine Rede seyn.

nicht von dem verstorbenen parens)[170] Vermögen erblich zugefallen, in welchem Falle dem überlebenden Vater oder der überlebenden Mutter das Nutznießungsrecht an diesem Vermögen bis zur Verheirathung oder erlangter Volljährigkeit des Kindes zustehen soll. Allein der Grund dieses gesetzlichen Nutznießungsrechts des Vaters beziehungsweise der Mutter ist, wie aus dem angeführten §. 2 und anderen Stellen des Landrechts selbst erhellt,[171] nicht die elterliche Gewalt, sondern die Pflicht zur Erziehung und Unterhaltung der Kinder. Diese ratio legis trifft in gleichem Maße, wie bei dem von den Kindern nach dem Tode des Einen der Eltern von dessen Linie oder anderswoher erworbenen, so auch bei dem den Kindern von ihrem geschiedenen Vater durch dessen Tod angefallenen Erbvermögen zu. Es erscheint daher die analoge Anwendung des für die Fälle des §. 2 aufgestellten Grundsatzes auf den vorliegenden Fall gerechtfertigt. Der Satz, daß die analoge Anwendung korrektorischer Gesetze unstatthaft sey, steht nicht entgegen; denn das hier in Frage stehende Nutznießungsrecht ist ein deutschrechtliches Institut, die genannte Landrechtsstelle enthält eine, diesem deutschrechtlichen Institute entflossene, Norm und sollte keineswegs

---

[170] Daß der §. 2 nur den Fall im Auge hat, wenn nach getrennter Ehe durch den Tod den Kindern aus dieser Ehe Vermögen von einem Dritten, nicht von dem verstorbenen **Parens**, erblich zugefallen, darüber lassen schon die Worte der Gesetzesstelle, die Ueberschrift des Tit. 9 und die Vergleichung mit den Bestimmungen des §. 4 des Tit. 7 und §. 4 des Titel 8 keinem Zweifel Raum; auch wird dasselbe bestätigt durch die betreffende Stelle des zweiten Landrechts (Reyscher, Ges.-Samml. Bd. 4, S. 382) und die Vorarbeiten zum dritten Landrecht, Faber, S. 510. 511, 608. Vgl. auch Griesinger, Comm. Bd. 9, S. 665, 674, Z. 1. Reinhardt, Comm. Bd. 3, S. 135.

[171] **Harpprecht, Diss. disp. 76. p. 1526, 1528, 1540, 1541. Consilia Tub. IX, 49, 18. p. 646. Lauterbach, Disp.** zum württ. Landrecht S. 148, Z. IX. Griesinger, Commentar, Bd. 9, S. 664, Note z, S. 665—668.

einen, die Fortbildung des recipirten römischen Rechts bezweckenden Grundsatz einführen. Diese Landrechtsstelle erscheint ebendarum nicht als ein das römische Recht abänderndes, korrektorisches Gesetz, sondern nur als die Konsequenz aus einem bereits im deutschen Rechtsleben einheimischen Institute. Folglich ist ihre analoge Erweiterung auch statthaft. Selbst alle neueren Schriftsteller über das Landrecht haben keinen Anstand genommen, dieselbe Gesetzesstelle analog auf die Nutznießung der Mutter an demjenigen Vermögen ihrer Kinder anzuwenden, das dieselben zu Lebzeiten beider Eltern als adventizisches Sondergut erworben haben, obgleich die Mutter nach römischem Recht von dem Nießbrauch an allem Vermögen ihrer Kinder, also auch an diesem ausgeschlossen war.[172] Man hat daher allen Grund, der Mutter das Nutznießungsrecht auch an demjenigen Vermögen, welches nach gerichtlicher Scheidung der Ehe einem aus derselben entsprossenen Kinde von dessen Vater erblich zugefallen, zuzusprechen.

Entsch. des Obertribunals vom 3. Januar 1862 in S. W.'sche Wittwe c. W.'sche Pflegschaft.

52) Der Ausschluß von dem Verwaltungsrecht schließt den Verlust des elterlichen Nutznießungsrechts nicht von selbst in sich.

Die Anordnung in einem Testamente, daß dem Vater die Verwaltung des seinem Kinde vermachten Vermögens entzogen, und dieses Vermögen unter obrigkeitliche Verwaltung gestellt werden solle, hat für sich nicht die Wirkung, daß nun auch die Nutznießung des Vaters als entzogen anzusehen wäre; denn das Gesetz (Nov. 117, cap. 1) spricht

---

[172] Griesinger, Comm. Bd. 9, S. 665—668. Reinhardt Comm. Bd. 3, S. 135, Anmerk. 1. Weishaar, württ. Priv.-R. Bd. 1, S. 243, 244. Reyscher, württ. Priv. R. Bd. 3, S. 140, §. 605.

diese Folge nicht aus und vermöge der Natur der Sache ergibt sie sich nicht aus der Entziehung der Verwaltung.[173]

Entsch. des Obertribunals vom 3. Januar 1862 in S. W. c. W.'sche Pflegschaft.

53) Die Nutznießung der Eltern an dem adventicischen Sondergut der Kinder hört mit deren Volljährigkeit nur dann auf, wenn sie überdieß nicht mehr im Unterhalt der Eltern stehen.[174]

Das Landrecht Th. IV. Tit. 9, §. 2 bestimmt in fraglicher Beziehung: „was aber denen Kindern, deren rechtlicher „Eltern eins noch im Leben, mit oder ohne Testament von „ihres verstorbenen Vatters oder Mutter Linien, oder son„sten anderstwoher, weilters zufällt, damit soll folgender „Unterschid gehalten werden, daß nämlich denen Kindern, „so allbereit verheurat, oder über 25 Jar ihres Alters „und nicht mehr in ires noch lebenden Vatters oder Mut„ter Zucht und Unterhaltung seind, ihr Angebürnuß gleich „selbsten zu nüßen und zu verwalten gefolgt: der ohnver„heuraten oder minderjärigen Kinder Angebürnuß aber „bis zu ihrer Verheuratung oder erlangtem 25järigem „Alter, irem noch lebenden Vatter oder Mutter zu nutzen „und zu nüßen in Handen gelassen werde".

Diese letzten Worte, wo gesagt ist, ein solches adventicisches Sondergut solle den Eltern „bis zur Verheurathung der Kinder oder dem erlangten 25jährigen Alter zu nutzen und zu nießen in Händen gelassen werden," könnten den Anschein erregen, als wenn die Nutznießung mit der Volljährigkeit der Kinder aufhöre; allein diese Worte dürfen nicht für sich allein in's Auge gefaßt wer-

---

[173] Griesinger, Comm. Bd. 9, S. 691, Note 4. Reinhardt, Comm. Bd. 3, S. 140, Anmerk. 1.

[174] Der Rechtsfall, welcher die oben mitgetheilte Entscheidung des Obertribunals veranlaßte, findet sich auch in Tafel's Civilrechtssprüchen Bd. 4, S. 138—142, nur ist dort als Tag der Entscheidung des Obertribunals unrichtiger Weise der 2. Juni „1850" statt „1860" angegeben.

den, sondern sind vielmehr im Zusammenhang mit dem übrigen Inhalte der vorstehenden Landrechtsstelle auszulegen, wobei sogleich in die Augen fällt, daß im Eingange nicht von der Volljährigkeit allein die Rede, sondern ausdrücklich gesagt ist, „denen Kindern, so allbereit verheurat „oder über 25 Jar ihres Alters und nicht mehr in „ihres Vatters Zucht und Unterhaltung seind." Diese letzteren Worte können nicht umsonst gebraucht seyn und müßig dastehen, sie zeigen vielmehr, besonders da sie mit dem Vorangehenden durch ein „und" verbunden sind, deutlich, daß die Volljährigkeit für sich allein nicht genügt, sondern das Kind, welches den Nießbrauch erhalten soll, auch nicht mehr im Unterhalt der Eltern stehen darf, und es würde der Natur eines Gesetzes, sowie allen Auslegungsregeln völlig widersprechen, wenn man annehmen wollte, das Gesetz habe das anfangs Gesagte erst mit seinen vorhin ausgehobenen Schlußworten genauer bestimmen und berichtigen wollen, während umgekehrt die Annahme viel natürlicher und gerechtfertigter ist, daß diese unvollständigeren Schlußworte lediglich nur in der Vermeidung von Wiederholungen ihren Grund haben und umgekehrt nach der genaueren und vollständigeren ersten Hälfte der Gesetzesstelle auszulegen sind.

Gleiche Bewandtniß hat es auch mit Landrecht Thl. IV., Tit. 9, §. 5 und Thl. IV., Tit. 12, §. 1, umsomehr, da diese Stellen von anderen Gegenständen reden und nur nebenbei der Nutznießung des Kinderguts erwähnen. Auch in diesen Stellen ist zwar nur von der Verheirathung oder Volljährigkeit der Kinder als von dem Endtermine jener Nutznießung der Eltern die Rede; allein auch dieß muß durch den vollständigeren Inhalt des §. 2 in Thl. IV., Tit. 9 als der Hauptstelle (ex textu pleniore et cardinali, wie sich die unten angeführten Tübinger Consilien ausdrücken) seine nähere Bestimmung erhalten, da diese Landrechtsstelle es ist, wo sich das Gesetz die genaue Festsetzung unserer Frage zur Aufgabe gemacht

hat. Diese Auslegung des §. 2 in Thl. IV., Tit. 9 wird auch durch die Landrechtsstelle Thl. II. Tit. 18, §. 7 unterstützt, wo in ähnlicher Weise vom Aufhören der väterlichen Gewalt gesagt ist, daß solches zumal dann eintrete, „wenn die Kinder ihre mannbaren Jahre erreichen „und vom Vater mit Anstellung eigener Haushaltung sich „absondern, oder auch vom Vater nicht mehr unterhalten „werden." Diese Stelle weist überhaupt auf einen weitergehenden Zusammenhang der Sache hin. Nach römischem Recht endigt nemlich der Nießbrauch nnd das damit verbundene Verwaltungsrecht des Vaters an dem adventicischen Sondergut des Kindes mit der väterlichen Gewalt, deren Ausfluß dieser Nießbrauch ist, und da nach deutschem Recht die väterliche Gewalt bekanntlich auch mit der Anstellung eines abgesonderten Haushaltes, der gewöhnlich mit der Verheirathung verbunden ist, aufhört, so erlischt nach gemeinem Recht mit jener Anstellung auch der fragliche Nießbrauch der Eltern. Den deutschrechtlichen Grundsatz vom Erlöschen der väterlichen Gewalt mit Anlegung eines eigenen Haushalts hat das Landrecht ausdrücklich anerkannt (Thl. II. Tit. 18, §. 7 und Thl. III. Tit. 23, §. 3), und läßt dieser Zusammenhang der Sache annehmen, daß das Landrecht in Thl. IV. Tit. 9, §. 2, hinsichtlich des Nießbrauchs der Eltern am Adventizgut der Kinder nichts ändern, sondern dessen Ende erst mit dem Zeitpunkte eintreten lassen wollte, wo diese aus dem Unterhalte der Eltern treten, wie denn auch der schon angeführte §. 1 des Tit. 12 in Thl. IV. zeigt, daß die Unterhaltung der Kinder und jener Nießbrauch der Eltern als in einer Wechselbeziehung zu einander stehend vom Landrecht aufgefaßt werden.

Für diese Auslegung des §. 2 in Tit. 9 des Thl. IV. spricht überdieß noch die Art und Weise, wie das zweite Landrecht in fraglicher Beziehung sich ausgedrückt hat, und die der Abfassung des dritten Landrechts vorangegangenen Relationen. Das zweite Landrecht

S. 339[175] hatte unter Anderem sich dahin ausgedrückt: „was aber den Kindern, so nicht mehr von den Eltern unterhalten und erzogen werden, anfalle, das solle ihnen selbst zu nießen ꝛc.,“ und in den Relationen ist bezüglich des §. 2 des Tit. 9 in Thl. IV. gesagt, man habe in dieser Beziehung (am zweiten Landrecht) nichts zu ändern gewußt.[176] Desgleichen wurde in den Relationen zum dritten Landrecht ad §. 7. III. 18 bemerkt: „ein Vater solle an den adventitiis bonis, so lange er die Kinder in seiner Kost erhalte, die Nutzung haben, sobald die Kinder sich verheurathen oder auch unverheurathet nicht mehr in seiner Kost und Unterhaltung seyen, so solle er ihnen dieselben zuzustellen schuldig seyn.“[177]

Alles dieses zeigt, daß die hauptsächlich maßgebende Landrechtsstelle Thl. IV. Tit. 9, §. 2 in keinem anderen, als dem oben bezeichneten Sinne zu verstehen ist, daß nemlich der fragliche Nießbrauch der Eltern am adventicischen Sondergut der Kinder nicht schon mit der Volljährigkeit der letzteren, sondern erst dann aufhört, wenn sie überdieß nicht mehr im Unterhalte der Eltern stehen.[178]

Entsch. des Obertribunals vom 2. Juni 1860 in S. K. c. H'sche Gläubiger.

54) Ende der Alimentationspflicht des parens während der Dauer der statutarischen Nutznießung.

Dem überlebenden Ehegatten steht das Recht zu, den Erbtheil seines mit dem Verstorbenen gezeugten Kindes

---

[175] Reyscher, Gesetzessammlung Bd. IV. S. 382.

[176] Faber und Schloßberger, Vorarbeiten zum Landrecht S. 511. Anmerkungen S. 608.

[177] Faber und Schloßberger, a. a. O. S. 212.

[178] Hiemit stimmen auch überein **Harpprecht**, Dissert. I. S. 117. II. Dissert. 77, S. 1555, N. 60 und S. 1575, §. 35, S. 1576 ff. Consilia Tubingensia, cons. 40, No. 68—71. **Besold**, Disput. ad IV. 9, S. 148. Griesinger, Comm. Bd. 9, S. 663, 671, 677—679.

lebenslänglich zu nutznießen (statutarische Nutznießung) Landrecht Thl. IV., Tit. 7, §. 4, Tit. 8, §. 4, wogegen der nutznießende parens verpflichtet ist, das Kind zu alimentiren und zu erziehen, auch ihm im Falle seiner Verheirathung ein Heirathsgut zu geben. Landrecht Thl. IV., Tit. 11, §. 1 und Tit. 13. Diese Alimentationspflicht hört jedoch, wie jede andere, vermöge ihrer subsidiären Natur von dem Zeitpunkte an auf, in welchem der zu Alimentirende, sey es durch eigenes Vermögen, sey es durch seine Arbeit, sich selbst zu erhalten im Stande ist.

Entsch. des Obertribunals vom 4. Jan. 1862 in S. A. c. H.

55) Fiduciarische Caution. Unstatthaftigkeit des Abzugs der trebellianischen Quart von dem sicherzustellenden Vermögen.

Wenn dem Erben auferlegt ist, die Erbschaft ohne Beschränkung auf das superfuturum, Nov. 108, Cap. 1, 2, zu einer gewissen Zeit einem Dritten herauszugeben, so ist bis zum Eintritt der Fideicommißfolge die Erbschaft im Ganzen und nicht blos zu $^3/_4$ mit Fideicommiß belegt, und erst mit der Restitution erwächst das Recht des Fiduciars, das Viertel von der zu restituirenden Erbschaft zurückzubehalten. — Der Fiduciar kann schon vor Eintritt des dies fideicommissi sich die Quart durch alsbaldige Ausfolge von drei Viertheilen verschaffen cst. 12 Cod. de fideicommissis (6,42); will er aber den Eintritt des dies abwarten, so ist er nicht befugt, die Quart sofort abzuziehen und nur für den Rest Caution zu leisten. Dieß ergibt sich nach Pandektenrecht unzweifelhaft daraus, daß die vom Fiduciar bis zum Eintritt des dies gezogenen Erbschaftsfrüchte in die Quart einzurechnen sind und ein Abzug der Quart nicht stattfindet, wenn von dem Erben soviel, als die Quart und deren Früchte betragen, bis zum Zeitpunkte der Restitution an Erbschaftsfrüchten gezogen worden ist. l. 22 §. 2 D. ad S.C. Trebell. (36,1). Wenn nun auch cst. 6 pr. Cod. ad S.C. Treb.

(6,49). Descendenten unter gewissen Voraussetzungen die Einrechnung der Früchte in die Quart erlassen hat, so ist hiebei doch nirgends gesagt, daß die Quart sofort abgezogen werden dürfe, und es ist durch diese überhaupt ganz singuläre Begünstigung — vgl. §. 3 eod. — das Prinzip der Quart als eines erst bei der Restitution eintretenden Abzugs, welches Prinzip auch sonst in mehrfachen Anwendungen hervortritt, l. 19, §. 2, l. 58, §. 6 D. ad S.C. Treb. (36,1) „sed nihilo minus usus eorum et casus quadrantem quoque deminuit", l. 73, §. 2, §. 4. D. ad L. Falc. (35,2) l. 1, pr. l. 2, §. 3. D. si cui plus (35,3) cst. 3, §. 3, Cod. communia legatorum (6,43) auch für die dadurch begünstigten Descendenten nicht geändert worden. Dasselbe Prinzip stellt allgemein das Landrecht auf, indem in Thl. III., Tit. 13, §. 5, nachdem unmittelbar zuvor von Kindern und Eltern des Erblassers als Fiduciaren die Rede war, die Vorschrift gegeben wird, daß bei Computation des trebellianischen Viertels, abweichend von der Berechnung des Pflichttheils, „auf die Aestimation oder Anschlag, wie die Erbschaft zur Zeit befohlener Restitution befunden würdt," gesehen werden solle.[179] Hieraus folgt, daß der Fiduciar an der als Fideicommiß sicherzustellenden Verlassenschaft keinen Abzug unter dem Titel der Quart vor etwaiger Restitution des Fideicommisses zu machen befugt ist.

Entsch. des Obertribunals vom 15./17. Februar 1862 in S. G. c. v. M.

56) Versendungsrecht ex jure deliberandi.

Bezüglich des Versendungsrechts ex jure deliberandi bestimmt das Landrecht, welches bei dieser Transmissions-

---

[179] Vgl. Landrecht Th. III. Tit. 13, §. 4. verb. „nächstvermeldten trebellianischen vierten Theil in Zustellung der Erbschaft bevor zu behalten befugt seyn," ebendas. §. 12, 13. verb. „die Kinder solchen trebellianischen Viertheil von der übergebenen Erbschaft für sich zu behalten befugt seyn sollen.

art dem gemeinen Recht folgen will, in Thl. IV., Tit. 22, §. 3: Wenn Jemand eine Erbschaft aus einem Testament, oder ab intestato zufalle, und derselbe innerhalb Jahresfrist, nachdem er von dem erblichen Anfall Wissenschaft bekommen, sterbe, ohne sich über die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft erklärt zu haben, so versende er sein Antretungsrecht auf seine eigenen Intestat- oder Testamentserben in der Art, daß diese innerhalb der von dem Jahr noch übrigen Zeit die ihrem Erblasser deferirte Erbschaft für sich antreten können.

Zu Begründung dieser Transmission ist also zunächst erforderlich, daß die Erbschaft dem Erben rechtlich angefallen sey und daß er von diesem Anfall Wissenschaft erlangt habe. Die einzelnen Momente, welche in diesen beiden Richtungen nothwendig vorliegen müssen, sind aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Möglichkeit und Wirksamkeit des Antritts einer Erbschaft zu entnehmen, indem die Deliberation des Erben darüber, ob er die Erbschaft annehmen wolle, jedenfalls alsdann beginnen kann, wenn er solche sogar alsbald antreten dürfte. Zu einem wirksamen Erbschaftsantritt wird erfordert, daß der Tod des Erblassers eingetreten sey und daß der Erbe hievon Kenntniß habe, l. 19 D. de acquir. hered. (29,2); ebenso muß der Erbe wissen, aus welchem Grunde er berufen sey, ob durch Gesetz oder Testament, l. 17, 22, 51 pr. D. eod. Dagegen ist es nicht nöthig, daß der Erbe von der ihm zugefallenen Erbsquote oder von der Zahl der Miterben oder von dem Bestande der Erbschaft Kenntniß habe, l. 21 §. 3 D. eod. l. 5 §. 1 D. si pars hered. pet. (5,4), und wird auch bei der Berufung durch ein Testament nicht vorausgesetzt, daß dasselbe zur Zeit des Erbschaftsantritts dem Erben schon eröffnet worden, oder daß er sonst vollständige Kenntniß von dessen Inhalt erlangt habe, vielmehr wird es als genügend anerkannt, wenn der Erbe auf irgend eine Weise bestimmte Wissenschaft davon bekommen hat, daß er im Testamente als Erbe eingesetzt

sey[180] l. 32, §. 1 D. de adqu. vel. om. her. (29,2) — cst. 19 Cod. de jur. delib. (6,30) — cst. un. §. 1 u. 5. Cod. de cad. toll. (6,51,) und wenn er keine Zweifel darüber hegt, ob er unbedingt oder nur bedingt eingesetzt sey.[181]

Entsch. des Obertribunals vom 10. Juni 1862 in S. K. u. N. c. Sch.

B. Prozeß.

57) Zur Grenzbestimmung der Kompetenz der Civil- und Administrativjustizbehörden bei Streitigkeiten über Rechte an öffentlichen Gewässern.

Für die Frage, ob ein eingeklagter Anspruch der Kompetenz der Civil- und Administrativjustizbehörden anheimfällt, ist nicht die Qualität des Streitgegenstandes an sich, sondern die Natur des im Streite liegenden Rechtsverhältnisses, also die Qualität des von dem Kläger seinem Anspruch unterstellten Rechtsgrunds, ob solcher dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehört, entscheidend.[182] Nicht jeder Streit über die Benutzung der öffentlichen Wasser ist daher der civilrechtlichen Kompetenz entzogen, vielmehr gilt dieß nach den Grundsätzen, wie sie von dem Obertribunal im Anschluß an die bekannte, behufs der Entscheidung eines Kompetenzkonflikts ergangene höchste Entschließung vom 9. Sept. 1846 angenommen worden und auch von dem k. Geheimerath befolgt werden, nur bezüglich der auf Staats-

---

[180] Sintenis, das prakt. gem. Civilrecht (2. Aufl.) Bd. 3, S. 494. Mühlenbruch, in der Fortf. von Glück's Comm. Bd. 43, S. 204, 206.

[181] Sintenis, a. a. O. S. 494, N. 21. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 42, S. 419. Arndts, Pand. §. 507, Anm. 1. Hofacker, Princ. Tom. II. §. 1436.

[182] Gerau in Linde's Zeitschr. für Civ.-R. u. Proz. N. F. Bd. 11. Anh. S. 252. Dieses Archiv Bd. 1, S. 419, Bd. 2, S. 8, Bd. 5, S. 235 ff.

konzession beruhenden Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern, und nur für Streitigkeiten über den Umfang und Inhalt von Nutzungsrechten dieser Art steht fest, daß hiefür nicht die Gerichte, sondern die Verwaltungsjustizbehörden kompetent sind. Es hat dieß seinen Grund in der Annahme, daß Berechtigungen, welche von der Staatsgewalt als solcher ertheilt werden, im öffentlichen Rechte wurzeln, und daß solche Rechte, welche ihrer Entstehung nach durch das Verhältniß des öffentlichen Rechts begründet worden, dem Gebiete des öffentlichen und nicht des Privatrechts angehören.[183] Auch bei Streitigkeiten über Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern bildet daher eine wesentliche Voraussetzung für die administrative richterliche Kompetenz, daß die fraglichen Berechtigungen ihren Entstehungsgrund im öffentlichen Rechte haben, da nur dieß den Grund für die Annahme der öffentlich rechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses und der hieraus folgenden Kompetenz der Administrativjustizbehörden abgeben kann. Nun hat zwar das Obertribunal schon mehrfach ausgesprochen, daß, da nach den in Württemberg geltenden Grundsätzen die Benützung öffentlicher Wasser zur Anlage und zum Betrieb von Wasserwerken der Genehmigung der Staatsgewalt unterliege, jedes Recht auf eine derartige Benützung von Wasserkräften im Zweifel als ein von der Staatsgewalt abgeleitetes, von dieser ausdrücklich oder stillschweigend verliehenes zu betrachten seye, und demzufolge als ein Ausfluß und Verhältniß des öffentlichen Rechts sich darstelle.[184] Allein dieser Satz kann nur Anwendung finden, wenn es sich um einen Streit über Inhalt und Umfang von Nutzungsrechten an öffentlichen Gewässern handelt, deren Entstehungsgrund unbekannt ist, nicht aber, wenn ein bestimmter Grund

---

[183] Sarwey, Monatschr. Bd. 17, S. 197—205. Dieses Archiv Bd. 1, S. 251—253, 272, 433, Bd. 2, S. 315.

[184] Dieses Archiv Bd. 1, S. 273, Bd. 2, S. 315.

der Entstehung behauptet und diese bestimmte Entstehungsart den Gegenstand des Streits bildet. Denn nicht jedes Nutzungsrecht an öffentlichen Gewässern hat seine Quelle nothwendig in einem Akte der Staatsgewalt, es kann dasselbe, wie das Obertribunal stets angenommen und auch der K. Geheimerath in mehrfachen Entscheidungen anerkannt hat, denkbarer Weise auch auf anderem Wege und durch privatrechtlichen Titel seine Entstehung erhalten haben.[185] Wenn daher darüber gestritten wird, ob ein Wassernutzungsrecht auf eine gewisse Art begründet worden, so kann die Kompetenz zur Entscheidung dieses Streits nur davon abhängen, ob die Entstehungsart des streitigen Rechts, wie sie klägerischer Seits behauptet worden, dem öffentlichen oder dem Privatrechte angehört, und ist letzteres der Fall, also ein Privatrechtstitel geltend gemacht, so sind die Civil- und nicht die Administrativgerichte die zu Entscheidung zuständigen Behörden.[186]

Allerdings können Berechtigungen, welche einzelne Betheiligte hinsichtlich der Benutzung von Wasserkräften

---

[185] Dieses Archiv Bd. 1, S. 259, 270, 272, 273, 414, 419, 434.

[186] Aus diesen Gründen wurde die civilrichterliche Kompetenz für eine negatorische Klage angenommen, welche darauf gerichtet war, daß den Bekl. das auf einen Vertrag mit einem Besitzvorgänger des Klägers gegründete dingliche Recht, ihre Wiesen aus dem von einem öffentlichen Flusse gespeisten Mühlkanal des Klägers wässern zu dürfen, abgesprochen werde. Denn, sagen die Entscheidungsgründe, indem die Beklagten behauptet haben, daß das fragliche Wässerungsrecht den Wiesenbesitzern gegen Uebernahme der Uferunterhaltung von den Müllern vertragsmäßig eingeräumt, und in Folge dessen auch inzwischen gestattet worden seye, haben die Beklagten lediglich den Vertrag, und nicht einen Akt der Staatsgewalt, als den Entstehungsgrund des Wässerungsrechts behauptet, und mit dieser Behauptung einen privatrechtlichen Titel geltend gemacht. Lediglich die Verneinung dieses privatrechtlichen Titels ist der ausgesprochene Zweck der Klage, und die Existenz desselben somit der einzige Gegenstand des Streits. Zu dessen Entscheidung kann daher nur der Civilrichter kompetent seyn.

gegenüber von anderen Betheiligten aus irgend einem Privatrechtstitel erworben haben, nach den dießfalls geltenden Grundsätzen nur insoweit zur Ausführung kommen, als dieß nicht aus polizeilichen Gründen unzulässig erscheint, und das Erkenntniß darüber, inwieweit der Besitzer einer Wasserkraft in der Disposition über dieselbe polizeilich beschränkt ist, steht nur den Administrativbehörden zu. Allein hieraus folgt nur, daß das behauptete privatrechtliche Wassernutzungsrecht auch im Falle des Anerkenntnisses durch den Civilrichter nicht ausgeübt werden kann, wenn und soweit nach dem hiefür maßgebenden Ausspruch der Verwaltungsbehörden polizeiliche Gründe entgegenstehen.[187] Auf die Frage der Kompetenz zur Entscheidung über das Bestehen des behaupteten Privatrechts zwischen den Parteien ist dieß aber ohne Einfluß.

Entsch. des Obertribunals vom 3. Mai 1861 in S. W. c. H.

58) Stillschweigende Prorogation.

Die erste Voraussetzung der Prorogation ist Einwilligung der Parteien in die Rechtsprechung eines sonst unzuständigen Richters. In der Einlassung des Beklagten vor einem sonst unzuständigen Richter kann aber eine stillschweigende Einwilligung nur gefunden werden, wenn sie ohne Widerrede geschehen ist. Schon wenn der Widerspruch vorausgegangen und der Beklagte nach Verwerfung seiner Einrede der Unzuständigkeit sich einfach zur Vernehmlassung herbeiläßt, liegt in letzterer keine Einwilligung. l. 2 pr. D. de judiciis (5, 1) „aut si cum repitisset et quivis ex litigatoribus, viribus praeturae compulsus est, nulla jurisdictio est.“ Noch weniger ist dieß der Fall, wenn der Beklagte ausdrücklich nur unter dem Vorbehalt seiner Einwendungen gegen den seine Inkompetenzeinrede verwerfenden Beschluß, seine Vernehmlassung ab-

[187] Dieses Archiv Bd. 1, S. 261, 262 in der Note, 413, 414, 417—422, 426—428.

gibt. Denn eine der Handlung selbst widersprechende Protestation kann in diesem Vorbehalt nicht gefunden werden.[188]

Entsch. des Obertribunals vom 21. Oktober 1862 in S. S. c. H.

59) Richterliches Prüfungsrecht bezüglich der Natur der angestellten Klage.

Bei der Beurtheilung einer Klage ist der Richter an den von der Partei ihr gegebenen Namen nicht gebunden, wenn diese Benennung der ausgesprochenen Intention des Klägers nicht entspricht, es würde denn aus den Umständen erhellen, daß gerade nur die benannte Klage habe angestellt werden wollen. Stellt sich dagegen die Benennung der Klage nur als eine rechtliche Ansicht über die Natur der angestellten Klage dar, so kann jene Benennung für den Richter kein Hinderniß abgeben, selbstständig zu prüfen, welche Klage nach Maßgabe der vorliegenden

---

[188] Eine unwirksame **protestatio facto contraria** liegt nur vor, wenn die Protestation gegen die rechtlichen Folgen einer Handlung gerichtet ist, deren Eintritt nicht von der Willkühr des Protestirenden abhängt, sondern von dem Gesetze bestimmt ist, oder wenn diejenige Absicht, gegen welche man sich verwahrt, mit Nothwendigkeit von selbst schon in der Handlung liegt. Ersteres ist z. B. der Fall, wenn der Erbe die Erbschaftsgüter mit seinen Miterben vertheilt, oder Legate ausbezahlt, dabei aber protestirt, daß die Erbschaft von ihm angetreten werde; eine solche Protestation wäre wirkungslos, da das Gesetz jene Handlungen als Erbschaftsantritt erklärt; der zweite Fall wäre vorhanden, wenn z. B. Einer den Andern durchprügelt, und dabei sich verwahrt, daß er nicht die Absicht habe, ihn zu beleidigen, oder wenn Einer dem Andern seine Weinstöcke ausreißt und sich dabei verwahrt, daß er nicht die Absicht habe, ihn zu beschädigen. Wo aber die Folgen einer Handlung von einer bestimmten Absicht abhängig sind, in der die Handlung vorgenommen wird, und wenn auch die Handlung ihrer äußeren Erscheinung nach jene Absicht auszudrücken scheint, doch möglich ist, daß die Handlung auch in einer andern Absicht vorgenommen werde, so muß eine Protestation gegen jene Folgen als vollwirksam anerkannt werden. Letzteres traf aber in dem oben mitgetheilten Falle unzweifelhaft zu.

thatsächlichen Verhältnisse und der Intention des Klägers als angestellt zu betrachten ist.

Entsch. des Obertribunals vom 18. Februar 1862 in S. des Spitals zu H. c. die Pfarrei B.

Die unrichtige Bezeichnung einer Klage ist nach württembergischem Prozeßrecht (IV. Edikt §. 77) ohne irgend einen Einfluß auf die Entscheidung,

Entsch. des Obertribunals vom 23. September 1856 in S. B. c. Staatsfinanzverwaltung.

vielmehr ist es die Aufgabe des Richters, eine Klage in demjenigen Sinne aufzufassen, welcher der wahren Absicht des Klägers bei deren Anstellung am meisten entspricht. Demgemäß wurde von dem Obertribunal in einem Falle, in welchem auf Herausgabe von Schuldscheinen über angeblich an den Beklagten cedirte Forderungen des Klägers an dritte Personen zu dem Zwecke geklagt worden war, um dadurch eine Entscheidung darüber herbeizuführen, ob der Kläger oder der Beklagte der wahre Forderungsberechtigte seye, die Klage als in Wirklichkeit auf Anerkennung des Klägers als wahren Forderungsberechtigten gerichtet angenommen, und demgemäß erkannt, daß die betreffenden Forderungen dem Kläger zustehen, und der Beklagte daher verbunden seye, die darauf bezüglichen Papiere dem Kläger auszufolgen. Zwar, sagen die Motive, ist die von den vorigen Richtern abgeurtheilte Klage wörtlich genommen die Eigenthumsklage auf Herausgabe von Schuldscheinen, welche sich auf Forderungen des Klägers beziehen. Da jedoch der Kläger sein Eigenthum wesentlich auf seine Eigenschaft als Gläubiger der bezüglichen Forderungen gründet und anderer Seits der Beklagte das Eigenthum, welches er an denselben Papieren sich beilegt, aus den angeblich von dem Kläger zu seinen Gunsten vorgenommenen Cessionen der Forderungen ableitet, so kommen die Papiere, deren Herausgabe der Kläger verlangt, nicht sowohl als selbstständige Vermögensobjekte, denn vielmehr als Accessorien der fraglichen For-

derungsrechte in Betracht, und der wahre und eigentliche Streitgegenstand ist nicht, wer Eigenthümer der Papiere, sondern wer Gläubiger der Forderungen sey. Es handelt sich also in Wirklichkeit darum, welcher von zwei Forderungsprätendenten der wahre Forderungsberechtigte ist. Diesen Streit zum Austrag zu bringen, war der gewählte Umweg der Urkundenvindikation nicht zweckmäßig, es war derselbe aber auch nicht nothwendig, da nach der von dem Obertribunal angenommenen Thesis dem Kläger gegen den Beklagten als angeblichen Cessionar der bestrittenen Forderungen ein Klagrecht auf Anerkennung seiner ausschließlichen Berechtigung an denselben zustand.[189] Da nun auch die vorigen Richter zwar nach dem Wortlaut ihrer Erkenntnisse nur die Schulddokumente dem Kläger zuerkannt, in den Entscheidungsgründen aber die von dem Beklagten behauptete Cession der Forderungen verneint haben, und da diese Verneinung, soferne sie nach der Streitlage die wesentliche Voraussetzung der Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe der Schulddokumente gewesen, in Rechtskraft zwischen den Parteien überzugehen fähig ist, so ist, und zwar mit allem Grunde, schon in den vorigen Instanzen über das Recht an den Forderungen zwischen den Parteien selbst entschieden worden. Es lag daher für das Obertribunal kein Hinderniß vor, diese Frage als den eigentlichen Streitpunkt in den Vordergrund zu stellen.

Entsch. des Obertribunals vom 18./19. Dez. 1861 in S. H. c. H.

In einer anderen Sache ist von beklagter Seite eine Nichtigkeitsklage darauf gebaut worden, daß der Richter zweiter Instanz die angestellte Klage auf Zurückerstattung einer dem Beklagten gegebenen Geldsumme als condictio sine causa aufgefaßt und, da die Hingabe der fraglichen Summe zugestanden, die vorgeschützte Einrede der Schenkung aber

---

[189] Seuffert, Archiv Bd. 13, S. 30. Bähr in den Jahrb. von Gerber und Ihering Bd. 1, S. 476, 480.

nicht erwiesen worden, die Verurtheilung des Beklagten ausgesprochen habe, während der Kläger keine condictio sine causa, sondern eine Darlehensklage angestellt habe, ohne die Existenz eines Darlehensvertrags nachweisen zu können. Diese Nichtigkeitsklage wurde verworfen, da der thatsächliche Klagegrund, welchen der Gerichtshof als vorhanden angenommen, nämlich die Hingabe der fraglichen Summe schon in der Klage behauptet und vom Beklagten auch zugegeben, und nur der Rechtsgrund der Klage von dem Kläger anders als von dem Gerichtshof aufgefaßt und als Darlehen bezeichnet worden seye, der Gerichtshof aber, welcher diese rechtliche Auffassung berichtigt und den in dem Klagvorbringen enthaltenen thatsächlichen Inhalt unter die zulässige rechtliche Beurtheilung gebracht, die ihm obliegende richterliche Pflicht nicht verletzt, vielmehr nur seine Obliegenheit erfüllt habe, soferne die Bezeichnung der im Rechtssystem benannten Klage nichts Wesentliches seye.

Entsch. des Obertribunals vom 9. Juli 1862 in S. Sch. c. S.

60) Sicherheitsleistung des Klägers für die Prozeßkosten. Jurisdiktions-Vertrag mit Bayern.

Nach der Bestimmung des Landrechts Thl. I., Tit. 20., §. 1. ist der Kläger in der Regel schuldig, dem Beklagten wegen der Prozeßkosten Kaution zu leisten und durch die K. Verordnung vom 30. Januar 1812 sind von dieser Kautionsleistung nur Inländer, d. h. württembergische Unterthanen, welche mit hinreichenden freien Gütern im Königreich angesessen sind, befreit. Jeder nicht württembergische Kläger ist daher, auch wenn er begütert ist, zur Kautionsleistung für die Prozeßkosten verbunden. Hieran hat auch der Jurisdiktionsvertrag zwischen Württemberg und Bayern vom 31. August 1821 nichts geändert und es ist daher auch der bayerische Kläger, ohne Rücksicht darauf, ob er begütert ist oder nicht, verbunden,

dem württembergischen Beklagten Kaution für die Prozeßkosten zu leisten. Der §. 5 des Jurisdiktionsvertrags bestimmt zwar, daß, die Zuständigkeit der württembergischen Gerichte vorausgesetzt, deren Erkenntnisse auch bezüglich der Verurtheilung eines bayerischen Klägers zur Erstattung der Prozeßkosten in Bayern vollzogen werden sollen. Allein die im Grundsatz anerkannte Vollstreckbarkeit eines Erkenntnisses ist ohne Einfluß auf die zur Sicherung der Vollstreckbarkeit im einzelnen Falle dienende Verbindlichkeit zur Kautionsleistung, und es wird daher durch die gedachte Bestimmung des Jurisdiktionsvertrags die positive prozeßrechtliche Bestimmung der Verbindlichkeit zur Prozeßkostenkaution nicht berührt.

Entsch. des Obertribunals vom 30. Juni 1849 in S. W. c. W. und Comp.; vom 15. März 1861 in S. G. c. T.;[190] vom 15. Februar 1862 in S. W. und F. c. M.'sche Ehefrau.

61) Die Partei ist berechtigt, die Befolgung einer ihr gemachten richterlichen Auflage ihrem bevollmächtigten Anwalte zu überlassen.

Jeder Partei steht es der Regel nach frei, sich vor Gericht durch Bevollmächtigte vertreten zu lassen;[191] sie ist daher, auch wenn eine richterliche Auflage ihr selbst eröffnet worden, berechtigt, deren Befolgung und die Einhaltung der Fristen ihrem Bevollmächtigten zu überlassen, und es kann ihr, wenn dieser dabei Etwas versäumt, deßhalb keine Verschuldung beigemessen werden.

Entsch. des Obertribunals vom 15. Dez. 1860 in S. Sch. c. M.

62) Beweiskraft von Quittungen, welche die Art und Weise der Zahlung nicht oder nicht genau enthalten.

a) Eine Urkunde, in welcher der Gläubiger bekennt,

---

[190] Diese Entscheidung wird auch von Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 5, S. 176 f. mitgetheilt. Vergl. ebendas. Bd. 4, S. 18 f. und Blätter f. Rechtsanw. Bd. 4, S. 161 ff. u. S. 177 ff.

[191] Vergl. meine Ausführung in diesem Archiv Bd. 2, S. 377 ff.

eine gewisse Summe von seinen Schuldnern richtig erhalten und empfangen zu haben, reicht zum Beweise der durch den Schuldner erfolgten Tilgung der Forderung des Gläubigers vollkommen hin, sobald die formelle Beweiskraft der Urkunde selbst keinem Anstande unterliegt; namentlich bedarf es keiner weiteren Behauptungen des Schuldners hinsichtlich der Art und Weise der Tilgung seiner Verbindlichkeit, vielmehr genügt es an dem durch die Urkunde gelieferten Nachweis, daß der Gläubiger seine Forderung für getilgt erklärt hat, und es ist Sache des Gläubigers, welcher behaupten will, daß die Tilgung überhaupt nicht, oder nicht giltig erfolgt sey, diese Behauptung thatsächlich zu begründen und zu beweisen.

Entscheid. des Obertribunals vom 22. Juni 1860 in S. H. c. Z.

b) Auch wird die Beweiskraft einer Urkunde, welche das Bekenntniß des Empfangs einer Baarzahlung enthält, während nicht die ganze Summe baar, sondern ein Theil auf andere Weise, durch Abrechnung u. s. w. bezahlt worden ist, dadurch weder aufgehoben, noch auch nur erheblich geschwächt, da es im täglichen Leben häufig vorkommt, daß über Schuldigkeiten, wenn sie auch nicht auf baaren Zahlungen beruhen, dennoch Schuldscheine ausgestellt werden, in welchen baare Empfänge als Grund der Schuldigkeit bezeichnet sind.

Entsch. des Obertribunals vom 8. Mai 1847 in S. R. c. H.

c) Jede Zahlung enthält ihrer unmittelbaren Wirkung nach die Uebertragung eines Vermögensobjekts von Einem an den Andern, bestehe diese Uebertragung nun in Uebergabe baaren Geldes oder anderer Cirkulationsmittel, oder in Geldeswerth, in Abtretung von Forderungen oder Tilgung von Verbindlichkeiten. Eben wegen dieser verschiedenen möglichen Zahlungsmittel wird es bei der Dokumentirung der Zahlung meistens unterlassen, auszudrücken, in welchen Gegenständen die Zahlung geleistet worden sey, auch wenn eine vorausgehende Verabredung über die Zahlungsmittel stattgefunden haben sollte.

Der Zahlungsempfänger, welcher eine Bescheinigung darüber ausstellt, pflegt hierin nicht auszudrücken, ob er klingende Münze und welche, oder Papiergeld und welches erhalten habe, ja selbst wenn Anweisungen an Zahlungsstatt übergeben werden, wird häufig dieses Zahlungsmittel, zumal wenn die Anweisung sofort einlösbar ist, in der Empfangsbescheinigung nicht ausgedrückt. Hienach kann auch dem Zahlenden nicht zugemuthet werden, daß er die Gegenstände, mittelst welchen die Zahlung geleistet worden, nachweise. Am allerwenigsten kann die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes im kaufmännischen Verkehr bezweifelt werden, denn die über die gegenseitigen Forderungen und Schuldigkeiten in den kaufmännischen Büchern unter Soll und Haben eingetragenen Posten tragen schon in sich den genügenden Nachweis über Debitirung und Creditirung und bei einer als Zahlung eingetragenen Summe ist es nicht gerade erforderlich auszudrücken, durch welche Mittel die Zahlung geleistet worden sey.

Entsch. v. 19. April 1862 in S. A. c. N.

63) Eideszuschiebung über die Absicht einer Partei bei einem Vertrage.

Bei einem Vertrage kann der Wille und die Absicht eines Kontrahenten überhaupt nur, wenn er ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen erklärt worden, und auch der erklärte Wille jedes einzelnen Kontrahenten nur insoweit in Betracht kommen, als solcher mit dem erklärten Willen der übrigen Kontrahenten zusammenstimmt. Dasjenige, was der eine Kontrahent bei einer Erklärung für sich gedacht oder beabsichtigt hat, ist somit für die Auslegung eines Vertrags nicht entscheidend. Ist der Sinn und die Bedeutung einer vorliegenden Willenserklärung zweifelhaft, und lassen die Umstände ungewiß, was die Parteien vertragen wollten, so kann daher dieser Sinn nicht durch Eideszuschiebung an die eine Partei über deren Absicht bei dem Vertragsabschlusse festgestellt und darge-

than werden, da selbst wenn feststünde, was diese Partei gewollt hat, immer noch ungewiß bliebe, ob dieß auch in dem Willen der übrigen Kontrahenten lag und somit Gegenstand des Vertrags unter den Parteien war.

Entsch. des Obertribunals vom 15. Mai 1861 in S. St.'sche Erben c. M.'sche Ehefrau.

64) Eideszuschiebung in der höheren Instanz.

Die Eideszuschiebung über Thatsachen, welche schon in der unteren Instanz zum Beweis ausgesetzt worden, ist, wenn sich derselben in der höheren Instanz behufs der Rechtfertigung der Appellationsbeschwerde bedient werden will, an die Nothfrist zur Einführung der Appellation gebunden.[192]

Entsch. des Obertribunals vom 9. April 1861 in S. W. c. Gemeinde D.

65) Eidesabnahme zum ewigen Gedächtniß.

Der Gerichtshof zu Eßlingen hat nach der Mittheilung von Hufnagel[193] am 2. März 1851 die Thesis angenommen, daß ein vom Unterrichter auferlegter Haupteid, wenn gegen das unterrichterliche Urtheil Berufung eingelegt worden, zum ewigen Gedächtniß abgenommen werden könne, falls die Bedingungen eines Beweiseinzugs zum ewigen Gedächtniß vorliegen, und der Eid nach Ansicht des Appellationsrichters schon nach der dermaligen Aktenlage als offenbar irrelevant erscheine. In Uebereinstimmung hiemit schlägt Bolley in seinen Entwürfen und Anträgen §. 1184[194] die Bestimmung vor, daß nicht nur derjenige, welchem die Leistung eines

---

[192] Hufnagel, Mitth. Bd. 2, S. 676. Berner-Schäfer, das Verf. S. 528.

[193] Mitth. Bd. 2, S. 590 f. Nro. 138.

[194] Bd. 1, S. 712. Vergl. dagegen hannöver'sche Proz.-Ord. S. 244.

Eides obliege, auf die unverzügliche Abnahme antragen könne, wenn er von einer mit Gefahr verbundenen Krankheit befallen werde, sondern zu diesem Antrag auch der Gegner berechtigt sey. Dem bestehenden Prozeßrecht ist dieß jedoch nicht gemäß, denn nach den Bestimmungen der §§. 147 und 153 Ziff. II. 1. des IV. Edikts vom 31. Dezember 1818 wird durch die Ergreifung der Berufung gegen ein durch Eid bedingtes Erkenntniß der Regel nach die Vollziehung der Eidesauflage aufgeschoben, und es kann die Eidesabnahme erst erfolgen, wenn ein solches bedingt entscheidendes Erkenntniß rechtskräftig geworden ist. Eine Ausnahme hievon findet nur dann statt, wenn die Appellationsbeschwerde entweder nach der bestimmten Erklärung des Appellanten, oder nach der Natur des vorausgesetzten Eides, — insoferne solcher ein freiwilliger und in keiner Beziehung Etwas dabei streitig geworden, solcher vielmehr von den Delaten unbedingt angenommen worden ist (§. 114 des IV. Edikts), — auf keine Weise gegen die Eidesauflage selbst, sondern nur gegen die Folgerungen aus derselben gerichtet ist, in welchem Falle auch nach Ergreifung eines Rechtsmittels auf den Antrag derjenigen Partei, welcher der Eid aufgetragen worden, solcher noch in der ersten Instanz abgenommen werden kann.[195] Diesen bestimmten gesetzlichen Vor=

---

[195] Berner=Schäfer, das Verf. S. 355 stellt unter Berufung auf eine Entsch. des Obertribunals v. 13. März 1844 den Satz auf, daß das IV. Edikt die ausnahmsweise Abnahme des Eides vor eingetretener Rechtskraft des Erkenntnisses nur bei dem freiwilligen Eid und nur mit Zustimmung des Gegners zulasse. Beides ist jedoch unrichtig. Denn der §. 153, Ziff. II. 1. des IV. Edikts gestattet die Abnahme des nothwendigen Eids in gleicher Weise, wie diejenige des freiwilligen Eids vor Rechtskraft des durch den Eid bedingten Erkenntnisses, sobald feststeht, daß die eingelegte Berufung nicht gegen den Eid selbst, sondern nur gegen die Folgen desselben gerichtet ist, und er gestattet diese Eidesabnahme auf den einseitigen Antrag derjenigen Partei, welcher der Eid auferlegt worden, ohne die Zustimmung des Gegners zu verlangen.

schriften gegenüber können die Grundsätze über Beweis zum ewigen Gedächtniß, welcher übrigens auch nach gemeinem Recht und Gerichtsgebrauch nur bei Zeugen, Sachverständigen, Augenschein und Urkunden, nicht aber bei Eiden zugelassen wird, [196] nicht in Betracht kommen. Der Eid setzt seiner Natur nach eine vorangehende richterliche Prüfung voraus, da es Pflicht des Richters ist, unnöthige Eide möglichst zu verhindern; ob ein Eid unnöthig ist, läßt sich aber, bevor die endliche Entscheidung ergangen, mit Sicherheit nicht voraus bestimmen. Es würde daher der Richter, wenn er genöthigt werden könnte, einen Eid, obgleich gegen solchen appellirt worden, zum ewigen Gedächtniß abzunehmen, in den Fall gebracht werden, einen nach der Endentscheidung vielleicht ganz unnöthigen Eid abnehmen zu müssen, ja er könnte sogar in die ganz unzuträgliche Lage gerathen, durch sein Enderkenntniß die Gegenpartei zum Eide über das direkte Gegentheil von dem zulassen zu müssen, was durch den

---

[196] Bayer, Vortr. (7. Aufl.) S. 450, (8. Aufl.) S. 786. Schmidt, Handb. des gem. d. Civ.=Proz. Bd. 2, S. 159. Anderer Meinung ist Martin, Vorl. über d. gem. bürg. Proz. Bd. 2, S. 283 f., welcher davon ausgeht, daß nach Analogie der cst. 12 Cod. de reb. cred. et jurejur. (4, 1) derjenigen Partei, welcher ein richterlicher Nothеid oder ein angetragener oder ein zurückgeschobener Eid, obschon noch nicht rechtskräftig, auferlegt ist, auf ihr ausdrückliches Verlangen nachgelassen werden müsse, denselben gleichsam zum ewigen Gedächtnisse auszuschwören, so jedoch daß die rechtlichen Wirkungen dieser Eidesleistung erst dann und nur dann eintreten, wenn das auf den Eid lautende Erkenntniß in der höheren Instanz keine auf den Eid bezügliche Abänderung erleidet. Auch vom Standpunkte des gemeinen Rechts kann jedoch diese Ansicht nicht für richtig erkannt werden, soferne die Gestattung einer solchen anticipirten Eidesleistung mit den Grundsätzen des kanonischen Rechts, welches überflüssige Eide schlechterdings vermieden wissen will, cap. 2. X. de probat. (2, 19.) sich nicht vereinigen läßt. — Anders war es freilich nach röm. Recht, welches sogar einander entgegengesetzte Eide zuließ. l. 28, §. 10, D. de jurejur. (12, 2.)

zum ewigen Gedächtniß abgelegten Eid beschworen worden [197]

Entsch. des Obertribunals v. 13. März 1844 in S. B. c. R.; vom 11. Mai 1849 in S. W. c. W.; vom 30. Juli 1852 in S. B. c. B.; v. 22. Sept. 1857 in S. M. c. M.'sche Gläub.; v. 11. April 1862 in S. W. c. M.'sche Eheleute.

66) Statthaftigkeit einfacher Beschwerden über prozeßleitende Verfügungen. [198]

Nach feststehender Auslegung des §. 150 des IV. Edikts finden gegen alle und jede Zwischenverfügungen in Civilprozeßsachen einfache Beschwerden in der gesetzlichen Instanzenfolge statt, soferne nur über solche entschieden werden kann, ohne in eine materielle Würdigung der Sache selbst einzugehen, und dadurch der künftigen Endentscheidung des Unterrichters vorzugreifen. [199] Unerheblich ist hiebei der mittelbare Einfluß, den die Verfügung des Oberrichters auf die Sachlage und demnach auf die künftige Endentscheidung des Unterrichters haben kann, vielmehr hängt die Entscheidung der Frage von der Zuläßigkeit der Beschwerde nur davon ab, ob der Oberrichter seiner Seits eine Verfügung treffen kann, ohne die Materie des Rechtsstreites einer Beurtheilung zu unterziehen und durch Aeußerung seiner Ansicht über die Sache selbst der Unabhängigkeit des Unterrichters in Beurtheilung derselben zu nahe zu treten.

Entsch, des Obertribunals v. 13. April 1847, 30. Dez. 1861, 14. Januar 1862 und 5. Mai 1862.

67) Appellationsanmeldung durch den nicht schon zuvor bevollmächtigten bloßen Rechtsfreund einer Partei.

a) Der nicht bevollmächtigte bloße Rechtsfreund, Advokat, Fürsprecher oder Schriftverfasser einer Partei kann

---

[197] Schmidt, a. a. O. Note 29.

[198] Sarwey, Monatschr. Bd. 3, S. 28 ff., Bd. 7, S. 85 ff. Dieses Archiv Bd. 1, S. 51 ff.

[199] Harpprecht in Sarwey's Monatsschr. Bd. 7, S. 92

nach württembergischem Rechte[200] die Appellation für diese ohne besonderen Auftrag hiezu mit rechtlicher Wirkung nicht anmelden. Es ist dieser Satz schon in dem älteren württembergischen Prozeßrechte gegründet; denn das Landrecht bestimmt in Thl. I., Tit. 58, §. 1, 4 u. 5, daß nur die Partei selbst oder für sie ihr vollkommener Anwalt, oder, wie im §. 4 gesagt ist, der Anwalt, durch welchen die Partei in erster Instanz zu Recht erschienen, mit Wirkung solle appelliren können, im Falle aber ein Dritter, ohne habenden einigen Gewalt, appellirt hätte, der Prinzipal schuldig seye, solche interponirte Appellationen bei Verlust derselben innerhalb der Anmeldungsfrist zu ratificiren. Ist hienach nur dem wirklichen Anwalte oder Gewalthaber einer Partei gestattet, für sich und ohne nachgefolgte Genehmigung der Partei die Berufung mit Wirkung für diese anzumelden, so ist damit die Appellation durch den bloßen Rechtsfreund unzweideutig ausgeschlossen, soferne das Landrecht, wie aus Theil I, Tit. 16 und 17 erhellt, unter Anwalt nur den bevollmächtigten Vertreter oder Prokurator einer Partei, im Gegensatz zum bloßen Fürsprecher oder Advokaten versteht, auch der §. 5 cit. ausdrücklich besagt, daß kein, nicht einige Gewalt habender, d. i. nicht Be-

---

[200] Bezüglich des gemeinen Rechts sind hauptsächlich auf den Grund der cst. 14 Cod. de advocatis div. jud. (2,7) anderer Ansicht: **Mevius** in seinen Decis. P. II, Dec. 216. **Berger**, Oecon. jur., p. 932, lib. IV., Tit. 28, §. III. Bolley in seinen Entw. u. Anträgen Bd. 2, S. 310, §. 1961, Ziff. 6 schlägt auch für den württ. Prozeß vor, dem nicht bevollmächtigten bisherigen Rechtsfreund der Partei die Anmeldung der Appellation zu gestatten. Dagegen hält Harpprecht in dem Entw. einer bürgerlichen Prozeßordnung für Württ. (1848) S. 272 an dem bisherigen Rechte fest, indem der §. 1193 des Entwurfs besagt, daß die Berufung nur von der Partei oder ihren gesetzlichen Vertretern, oder von ihrem Anwalt oder Prozeßbevollmächtigten oder einem vermutheten Sachwalter, von einer anderen Person aber nur im Falle des urkundlichen Nachweises des hiezu erhaltenen Auftrages angemeldet werden könne.

vollmächtigter, Dritter mit Wirkung appelliren könne, ohne hiebei den Advokaten, Fürsprecher oder Rechtsfreund auszunehmen. Ebenso gestattet die Hofgerichtsordnung von 1654, Thl. II., Tit. 3, §. 1 und 5—8 die Anmeldung der Appellation nur der Partei selbst oder ihrem bevollmächtigten mit einer Spezial- oder Generalgewalt versehenen Anwalt, (§. 1 und 8) einem Dritten nur, wenn er besonderen Auftrag hiezu von der Partei erhalten oder diese die Anmeldung noch innerhalb der Berufungsfrist genehmigt hat. (§. 5—7.) Von der Zulässigkeit einer Appellationsanmeldung durch den nicht bevollmächtigten Rechtsfreund ist auch hier keine Rede. Das IV. Edikt vom 31. Dezember 1818 hat hieran nichts geändert. Der §. 155 des IV. Edikts bezeichnet drei Klassen von Personen, welche außer der Partei die Appellation für diese ohne Nachweisung eines von dieser ertheilten besonderen Auftrages hiezu mit Wirkung anmelden können, nämlich die wirklichen Stellvertreter, Anwälte oder Bevollmächtigte, welche die Partei bereits in den bisherigen Verhandlungen oder wenigstens bei der Urtheilseröffnung vertreten haben, (§. 155 I. 2. b), die vermutheten Sachwalter derselben (I. 2. c.) nnd die Vormünder, Kuratoren und Kriegsvögte (I. 2. a.) Daß auch den bloßen Rechtsfreunden diese Befugniß eingeräumt seyn solle, ist nirgends erwähnt, und da nach Ziff. I. 2. d. des §. 155 andere als die vorgenannten Personen die Appellation nur im Falle der Vorweisung einer ihnen von der Partei selbst oder deren Stellvertreter ertheilten Vollmacht hiezu sollen giltig anmelden können, so muß dieß auch für den bloßen Rechtsfreund gelten.[201]

Entsch. des Obertribunals vom 14. August 1826 in S. G. c.

---

201 Berner, das Org.-Edikt S. 83, Ziff. 7. — Berner-Schäfer, das Verfahren in bürgerl. Streitsachen S. 563, 566. Schütz, Civilprozeß S. 421.

B.'sche Erben; vom 29. August 1828 in S. Chr. und Gen. c. Pfl.; vom 11. Februar 1851 in S. K. c. B.'sche Gläubiger; vom 18. September 1860 in S. Sch. c. O.

b) Hat daher der bloße Rechtsfreund, Advokat, Fürsprecher oder Schriftverfasser einer Partei die Appellation für solche ohne Vollmacht hiezu angemeldet, so muß die Partei selbst solche und zwar innerhalb der Nothfrist zur Anmeldung der Berufung noch besonders genehmigen, wenn sie nicht des Rechtsmittels verlustig gehen soll. Es ist dieß, wie bereits angeführt, schon im Landrecht Thl. I., Tit. 58, §. 5, und ebenso in der Hofgerichtsordnung von 1654, Thl. II., Tit. 3, §. 6, ausdrücklich ausgesprochen, und dasselbe hat auch das IV. Edikt, §. 155 bestätigt. Denn indem hier gesagt ist, daß eine besondere Genehmigung des Prinzipals innerhalb der Nothfrist von 15 Tagen nur in den zuvor genannten Fällen, wo die Berufung durch den Kriegsvogt, Kurator, Vormund, Vertreter, vermutheten Sachwalter der Partei oder eine mit Vollmacht versehene sonstige dritte Person angemeldet worden, nicht nothwendig seye, ist ebendamit ausgesprochen, daß in dem Falle der Berufungsanmeldung durch einen nicht bevollmächtigten Dritten, insbesondere also auch durch den bloßen Rechtsfreund, die Genehmigung innerhalb der Anmeldungsnothfrist erfordert werde.[202]

Entsch. des Obertribunals vom 14. August 1826 in S. G. c. B.'sche Erben.

c) Ist die Appellation von dem nicht schon zuvor bevollmächtigten Rechtsfreunde einer Partei oder einem sonstigen Dritten im angeblichen besonderen Auftrage der Partei angemeldet worden, so hat diese Anmeldung, nach der von dem Obertribunal wie auch von dem Civilsenate des Gerichtshofs zu Tübingen[203] angenommenen Thesis,

---

[202] Berner, Org.-Edikt S. 83, Ziff. 7.

[203] Laut eines von Hufnagel, Mitth. Bd. 1, S. 171 mitgetheilten Erkenntnisses vom 25. März 1845.

nur dann eine rechtliche Wirkung, wenn entweder sogleich bei der Berufungsanmeldung oder doch noch **innerhalb der gesetzlichen Anmeldungsfrist** eine **schriftliche** Vollmacht der Partei dem Gerichte übergeben wird. Eine nur **mündliche** Auftragsertheilung genügt so wenig, als wenn eine, ob auch vorher ausgestellte schriftliche Vollmacht erst **nach** Ablauf der Nothfrist vorgelegt wird. Dieser Satz wurde aus Anlaß der Entscheidung des Obertribunals vom 14. August 1826 in S. G. c. B.'sche Erben folgendermaßen begründet: Zwar ist im Allgemeinen in Rechten ein mündlicher Auftrag ebenso wirksam, als ein schriftlicher, allein Handlungen, welche an Nothfristen gebunden sind, dürfen nicht nach dem Maßstab anderer freier Handlungen beurtheilt werden. Was binnen einer Nothfrist vollbracht seyn muß, dieß muß binnen derselben so vollständig und so vollkommen vollzogen werden, daß auch nicht der geringste Mangel in der einen oder in der anderen Rücksicht wahrzunehmen ist. Jeder Defekt zieht den Verlust des Rechts ebenso nach sich, wie wenn gar nichts geschehen wäre. Dieß liegt wesentlich in dem Begriffe der Nothfrist. Wenn daher eine Partei nicht selbst die Berufung anmeldet, sondern durch einen Dritten, der weder wirklicher noch vermutheter Sachwalter ist, anmelden läßt, so ist es wesentlich nothwendig, daß dieser Dritte entweder sogleich oder doch noch im Laufe der Nothfrist eine schriftliche Vollmacht vorzeige, und dadurch noch binnen der Nothfrist den Legitimationspunkt berichtige. Denn so lange die Legitimation nicht hergestellt ist, kann die Appellationsanmeldung als wirklich in Ordnung vollzogen nicht angesehen werden; es fehlt an der Gewißheit, daß die Anmeldung mit Wissen und Willen der Partei geschehen ist. Dieß muß aber dem Begriffe der Nothfrist zu Folge im Laufe derselben außer Zweifel gesetzt seyn, und es gestattet der Begriff der Nothfrist nicht, daß hintennach noch Etwas zur Ergänzung der Handlung nachgeholt werde. Es ist

dieß auch durch die württembergische Gesetzgebung ausdrücklich anerkannt. Denn im IV. Edikt, §. 155 I. 2 d. ist verordnet, daß die von einem Andern eingelegte Appellation nur giltig seye, wenn dieser bei dem Akte der Anmeldung eine, obgleich einfache Vollmacht vorweist, womit ausgesprochen ist, daß ein schriftliches Mandat vorgezeigt werden muß. In gleichem Sinne verordnet das IV. Edikt, a. a. O,, in Uebereinstimmung mit dem Landrecht Thl. I., Tit. 58, §. 5, und der Hofgerichtsordnung von 1654, Thl. II., Tit. 3, §. 6, daß, wenn es an einer solchen Vollmacht ermangle, diesem Mangel nur dadurch abgeholfen werden könne, daß der Prinzipal die eingelegte Appellation noch binnen des Laufs der Nothfrist genehmige. Eine nach verflossener Nothfrist erfolgte Genehmigung hat keine Wirkung, und es kann daher folgerichtig auch ein Beweis über den ertheilten Auftrag zur Appellation nach dem Ablauf der Nothfrist nicht mit Erfolg nachgeholt werden. —

An dieser Ansicht hat das Obertribunal auch inzwischen festgehalten, indem dasselbe z. B. am 11. Febr 1851 in S. K. c. B.'sche Gläubiger und am 18. September 1860 in S. Sch. c. O. aussprach, daß ein bloßer Rechtsfreund, wie jeder Dritte für eine Partei nur dann giltig appelliren könne, wenn er eine schriftliche Vollmacht hiezu von der Partei selbst oder ihrem Stellvertreter vorweise, und ebenso am 12. Februar 1858 aus Anlaß der Entscheidung der At.-S. M. c. M. in Pleno ausgesprochen wurde, daß der die Appellation anmeldende Dritte sich innerhalb der ersten Nothfrist über den Auftrag hiezu ausweisen müsse. Demgemäß ist dasjenige, was Schäfer[204] bezüglich der Ansicht des Obertribunals bemerkt, zu berichtigen.[205]

---

[204] Berner-Schäfer, das Verf. in bürgerl. Streit.-S. S. 567.

[205] Bezüglich des Falls, wenn der bisherige Anwalt einer Partei nach Ablauf der Nothfrist, aber innerhalb der der Partei selbst

Hufnagel[206] und mit ihm der ungenannte Verfasser einer Anzeige der Hufnagel'schen Mittheilungen in Sarwey's Monatsschrift,[207] ferner Schäfer[208] haben die Richtigkeit der Ansicht des Obertribunals bezweifelt. Nun wird zwar in der Hofgerichtsordnung von 1654 Thl. II., Tit. 3, §. 7 auch ein mündlicher Auftrag zur Appellationsanmeldung, wenn solcher durch genugsame Kundschaft beigebracht und erwiesen wird, für kräftig und genügend erklärt, und eine ausdrückliche Bestimmung, daß der Beweis innerhalb der Nothfrist geführt werden müsse, ist in der Hofgerichtsordnung nicht enthalten. Allein für letzteres spricht der schon erwähnte Umstand, daß nach §. 6 die Genehmigung der Appellationsanmeldung eines nicht bevollmächtigten Dritten Seitens der Partei selbst innerhalb der Nothfrist nicht nur erfolgen, sondern auch bewiesen werden muß, eine Bestimmung, welche das IV. Edikt wiederholt hat, und warum bezüglich des Beweises dieser Genehmigung etwas Anderes als bezüglich des Beweises der Auftragsertheilung gelten sollte, ist nicht einzusehen. Der Grund der Bestimmung bezüglich des Beweises der Genehmigung der von einem Dritten ohne Vollmacht angemeldeten Apellation innerhalb der Nothfrist kann nur seyn, daß dem Begriffe der Nothfrist gemäß die Absicht der Partei, zu appelliren, sowie die Erklärung dieser Absicht während des Laufs der zur Anmeldung der Appellation gegebenen Nothfrist außer Zweifel gestellt seyn muß, und dieser Grund spricht in gleicher Weise für die Forderung des Beweises der Auftragsertheilung zur Appellationsanmeldung an einen Dritten innerhalb der Anmeldungsnothfrist, da erst mit der Erbringung dieses Beweises über die Absicht der Partei zu

zur Anmeldung der Berufung laufenden Frist im besonderen Auftrag der Partei die Appellation anzeigt, vergleiche die nächste Nummer.

[206] Mitth. Bd. 1, S. 172, 173.

[207] Bd. 13, S. 460.

[208] Berner-Schäfer a. a. O., S. 566, 567.

appelliren Gewißheit erbracht ist. Sodann ist jedenfalls der Wortlaut der fraglichen Bestimmung des IV. Edikts für die Ansicht des Obertribunals, da, wenn der Gesetzgeber auch einen mündlichen Auftrag hätte zulassen wollen, derselbe von Vorweisung einer Vollmacht nicht wohl hätte sprechen können. Endlich aber empfiehlt sich der Grundsatz des Obertribunals durch seine Zweckmäßigkeit, indem dadurch viele mit dem Begriffe und Zwecke der Nothfrist unverträgliche Weiterungen und Zweifel abgeschnitten werden. Es wird daher aller Grund für die Gerichte vorhanden seyn, an der bisherigen Thesis auch fernerhin festzuhalten.

68) Dokumentirung der nach Verfluß der ersten Nothfrist aus besonderem Auftrage einer Partei durch deren bisherigen Anwalt oder Procurator erfolgenden Appellationsanmeldung.

a) Nach der Bestimmung des Landrechts Thl. I, Tit. 58, §. 6, welche in §. 155 des IV. Edikts ausdrücklich bestätigt worden ist, kann die Partei, wenn das Urtheil ihrem Anwalt eröffnet worden, noch innerhalb der Frist von 15 Tagen von dem Zeitpunkte an, wo sie selbst den Inhalt des Urtheils erfährt, die Appellation entweder selbst oder durch einen Anderen, seye es durch ihren bisherigen Anwalt oder einen hiezu besonders beauftragten Dritten, anzeigen. Von der Partei selbst muß aber in jedem Falle diese Anzeige ausgehen, und es hat daher auch der bisherige Anwalt, wenn durch ihn die nachträgliche Berufungsanzeige erfolgt, über den ihm von der Partei selbst innerhalb der gedachten Frist hiezu besonders ertheilten Auftrag sich auszuweisen.[209]

Verfügung des Obertribunals vom 15. März 1831 und vom 27. Juni 1833.

---

[209] Berner, Org.-Edikt S. 83, Note 8 und S. 416, 417. Berner-Schäfer, das Verfahren in bürgerl. Streit.-S. S. 568, 569.

b) Dagegen ist es in diesem Falle nach den von dem Obertribunal angenommenen und auch von dem Gerichtshof zu Tübingen[210] befolgten Grundsätzen nicht wesentlich nothwendig, daß der von der Partei ihrem bisherigen Anwalte innerhalb der Frist besonders ertheilte Auftrag während des Laufs der Frist auch nachgewiesen werde.[211] Das Landrecht a. a. O. gestattet der Partei, wenn das Urtheil ihrem Sachwalter eröffnet worden, noch innerhalb einer von ihrer eigenen Kenntniß des ergangenen Urtheils an zu berechnenden Frist selbst oder durch einen Anderen zu appelliren, ohne dabei die Wirksamkeit einer solchen Appellation da, wo sie durch einen Andern angemeldet wird, von weiteren, als den sonst geltenden Bestimmungen abhängig zu machen. Diese aber bestehen nach dem Gesetze nur darin, daß ein Dritter, welcher die Partei bisher nicht vertreten, mit der Apellationsanmeldung für die letztere eine Vollmacht vorweist, während der bisherige Vertreter in Folge und auf den Grund der ihm erheilten Vollmacht die Appellation ohne Weiteres, und ohne daß seine Partei solches innerhalb der Nothfrist zu genehmigen hat, giltig anmelden kann. Zwar kommt hiebei weiter in Betracht, daß das Gesetz, indem es der Partei selbst noch eine weitere Frist zur Appellationsanzeige nachläßt, diese offenbar von der eigenen Thätigkeit der Partei insoweit abhängig macht, daß in einem solchen Falle die bloße Anzeige ihres seitherigen Vertreters an und für sich allein nicht genügen kann. Allein dieß kann nur die Folge haben, daß der letztere sich dabei auf eine derartige Thätigkeit seiner Partei, auf

---

[210] Nach einer von Berner-Schäfer a. a. O. S. 569 mitgetheilten Entscheidung vom 26. Nov. 1858. Dagegen hat sich der Gerichtshof zu Ellwangen in einer Entsch. v. 27. Oktober/11. Nov. 1856 für die strengere Ansicht ausgesprochen.

[211] Wohl aber wenn ein nicht zuvor bevollmächtigter Dritter im angeblichen besonderen Auftrage der Partei die Appellation nachträglich anmeldet. Vergl. die vorige Nummer.

einen speziellen Auftrag berufen muß und daß nöthigenfalls weiterer Beweis darüber einzuziehen ist; keineswegs läßt sich aber daraus, so lange das Gesetz solches nicht ausdrücklich vorschreibt, ableiten, daß die Wirksamkeit einer derartigen Anzeige überhaupt davon abhänge, daß ein solcher Nachweis schon innerhalb der der Partei zur Appellationsanzeige nachgelassenen besonderen Frist erbracht werde.[212]

Entsch. des Obertribunals v. 7. April 1858 in S. M. c. M.

69) Zuläßigkeit der Berufung, wenn die Partei von den ihrem Anwalt eröffneten Urtheil erster Instanz erst Kenntniß erhält, nachdem in Folge der Anrufung der Gegenpartei auch in zweiter Instanz ein Erkenntniß ergangen ist.

Nach §. 155 des IV. Edikts ist einer Partei, wenn das Urtheil ihrem bevollmächtigten Anwalt eröffnet[213] und von diesem Berufung dagegen nicht eingelegt worden ist, gestattet, innerhalb 15 Tagen von der Zeit an, wo sie selbst Kenntniß von dem Inhalt des Urtheils erhalten, selbst noch zu appelliren. Dieß muß auch dann gelten, wenn die Partei von dem Urtheil erst Kenntniß erhält, nachdem in Folge der Berufung der Gegenpartei gegen das erstinstanzliche Urtheil auch in zweiter Instanz ein Erkenntniß ergangen ist. Denn durch den Eintritt dieses ungewöhnlichen Falls kann die Partei in keine schlimmere Lage versetzt werden, als wenn sie die Kenntniß von dem Urtheil erster Instanz früher, vor dem Aus-

---

[212] Fraglich dürfte es übrigens doch seyn, ob nicht ein konsequentes Festhalten an dem in der Entscheidung des Obertribunals v. 14. Aug. 1826 (in der vorigen Nummer lit. c.) ausgesprochenen Grundsatze auf das entgegengesetzte Resultat führen müßte, und ein innerer Grund zu einer verschiedenartigen Behandlung der in dieser und der vorherigen Nummer erörterten Fälle scheint jedenfalls nicht vorhanden zu seyn.

[213] Dieses Archiv Bd. 2, S. 390 ff.

spruch des Urtheils zweiter Instanz erhalten hätte, und es ist nicht abzusehen, wie sie dadurch der ihr gemäß dem §. 155 selbst noch zustehenden Berufung und der Geltendmachung ihrer Beschwerde hätte verlustig werden können, daß ihr die Kunde von dem in erster Instanz ergangenen Urtheil erst nach Eröffnung desjenigen der zweiten Instanz zugekommen. Daß die nachträgliche Berufung gegen das Urtheil erster Instanz zu einer Aenderung des auf die Appellation der Gegenpartei ergangenen zweitinstanzlichen Urtheils führen kann, steht der Statthaftigkeit jener Berufung nicht entgegen. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die Partei, welche von ihrem Recht der nachträglichen Berufung Gebrauch machen will, solche innerhalb 15 Tagen von da an, wo sie von dem Erkenntnisse erster Instanz Kunde erhalten, dem Richter erster Instanz anzeigen und innerhalb 90 Tagen von demselben Zeitpunkte ihrer Kenntnißnahme an[214] ihre Beschwerde bei dem Richter zweiter Instanz ausführen muß.

Entsch. des Obertribunals vom 1. April 1862 in S. H.'sche Erben u. Gen. c. R. u. G.

70) Bei der Frage von der Appellabilität kommt der Einfluß des Urtheils auf das Rechtsverhältniß des Appellanten zu dritten Personen regelmäßig nicht in Betracht.

Bei der für das Vorhandenseyn der appellablen Summe entscheidenden Berechnung des Werths des Beschwerdegegenstandes ist der Regel nach nur derjenige Betrag zu berücksichtigen, worüber zwischen den in dem vorliegenden Rechtsstreit aufgetretenen Parteien durch das angefochtene Urtheil entschieden worden, da nur zwischen diesen Rechtskraft bewirkt wird, während es auf das sonstige Interesse einer Partei bei dem Ausgang des Rechtsstreits gegenüber von dritten Personen, welche an dem Rechtsstreit keinen Theil genommen, nicht an-

[214] Dieses Archiv Bd. 4, S. 199 f. Nr. 8.

kommt. Der Umstand, daß dasselbe Rechtsverhältniß, welches Gegenstand eines anhängigen Rechtsstreits ist, in gleicher Weise, wie zwischen den jetzt streitenden Parteien, zwischen dem Appellanten und einem Dritten besteht, kommt bei der Frage von der Appellabilität nur in den Fällen des Appellationsgesetzes vom 6. April 1843 in Betracht, während abgesehen hievon darauf, daß eine Entscheidung für künftige ähnliche Streitigkeiten als Vorgang zu dienen geeignet ist, die Appellabilität nicht gegründet werden kann. Dieß gilt selbst dann, wenn die in demselben Rechtsverhältniß mit einer Partei stehenden dritten Personen sich gegen jene ausdrücklich verbindlich gemacht haben, die in dem anhängigen Rechtsstreit ergehende Entscheidung auch gegen sich gelten zu lassen, da diese Wirkung des Urtheils ihren Grund nicht in letzterem selbst hat, sondern auf dem in Mitte liegenden Vertrag beruht, während bei Berechnung der Beschwerdesumme nur diejenigen den Appellanten beschwerenden Folgen des Urtheils in Betracht kommen, bezüglich deren durch dieses Rechtskraft bewirkt werden kann.

Auch der Umstand, daß das zwischen dem Appellanten und dritten Personen bestehende Rechtsverhältniß für jenen ermöglicht hätte, als Kläger die letzteren in Einer Klage zugleich mit dem Beklagten zu belangen, oder als Beklagter von denselben in einer gemeinschaftlichen Klage belangt zu werden, bewirkt nicht, daß die Ansprüche der oder gegen diejenigen Betheiligten, welche an dem Rechtsstreit keinen Theil genommen, zu Begründung der Appellabilität in diesem Rechtsstreit herbeigezogen werden dürfen. Denn wenn auch die Ansprüche mehrerer Streitgenossen, beziehungsweise die Forderungen gegen solche nach den bestehenden Grundsätzen behufs der Herstellung der Appellationssumme zusammengerechnet werden,[215] so findet dieser

[215] Berner-Schäfer, das Verf. S. 547.

Satz in einem Falle keine Anwendung, wo zwar das Rechtsverhältniß der Art ist, daß mehrere Berechtigte oder Verpflichtete als Streitgenossen hätten klagen oder beklagt werden können, dieß aber nicht geschehen ist. Denn eine Streitgenossenschaft, welche zu jener Zusammenrechnung berechtigt, ist nur vorhanden, wenn die mehreren Betheiligten in demselben Prozesse als Kläger oder Beklagte zusammenhandeln, nicht aber wenn ein solches Zusammenhandeln nur an sich möglich gewesen wäre, in Wirklichkeit aber nicht stattgefunden hat.

Dasselbe ist der Fall, wenn der Appellant aus demselben Rechtsgrunde und Rechtsverhältnisse mehrere Beklagte, welche er in Einer Klage hätte belangen können, gleichzeitig in abgesonderten Klagen belangt hat, und er mit solchen je durch besonderes Urtheil abgewiesen worden, oder wenn er von mehreren Klägern, welche als Streitgenossen mit einer gemeinsamen Klage gegen ihn hätten auftreten können, mit abgesonderten Klagen verfolgt und in abgesonderten Erkenntnissen verurtheilt worden ist. Auch in diesem Falle liegt eine Streitgenossenschaft, welche eine Zusammenrechnung begründen würde, nicht vor, und der zufällige Umstand, daß der Appellant die gleichartigen Ansprüche gegen die mehreren Beklagten gleichzeitig gerichtlich verfolgt, oder die gleichartigen Ansprüche, wie gegen ihn, auch gegen mitbetheiligte Dritte zu gleicher Zeit vor Gericht erhoben worden sind, kann einen Grund nicht abgeben, die in den getrennten Prozessen eingeklagten Streitsummen zum Behuf der Berechnung der Appellationssumme für jeden einzelnen Streit zusammen zu rechnen.[216]

Entsch. des Obertribunals vom 22. Okt. 1844 in S. L. c. L. N.; vom 20. April 1855 in S. Stiftungsrath N. c. K.; v. 4. Juli 1855 in S. Sch. c. M.; v. 5. Sept. 1857 in S. O. c. St.; v. 12. Januar 1861 in S. H. c. H.

---

216 Die in Seuffert's Archiv Bd. 11, Nr. 314 mitgetheilte Entscheidung des Obertribunals v. 11. Febr. 1857 steht dem oben im Text

71) Eine Zusammenrechnung der Haupt- und Neben-Ansprüche behufs der Herstellung der Appellationssumme findet nicht statt.

Wie im IV. Edikt §. 152 und in der prov. Verordnung vom 22. Sept. 1819 §. 13, Ziff. III., Abs. 2, so ist auch in dem Appellabilitäts-Gesetze vom 6. April 1843 bei Bestimmung der Appellationssumme der Ausdruck „Hauptsumme der Beschwerde" gebraucht. Schon der Ausdruck „Hauptsumme" spricht nun dafür, daß die Forderungen, welche im Verhältniß zu derselben Accessionen sind, nicht hinzugerechnet werden dürfen. Zwar ist beigefügt, mit „Ausschluß der Zinse und Kosten" unter welch' letzteren allerdings wohl nur Prozeßkosten verstanden werden können, und es ist hieraus schon gefolgert worden, daß nur diese nicht auch andere Nebenforderungen ausgeschlossen seyen. Allein ein solcher Schluß ist deßhalb nicht gerechtfertigt, weil eine entgegengesetzte Behandlung der anderen Nebenforderungen, namentlich der Früchte sich nicht erklären ließe. Es kommt aber weiter in Betracht, daß in dem Landrecht Thl. I., Tit. 59, Tit. 70, §. 8 und in der Hofgerichtsordnung

---

aufgestellten und in mehreren Entscheidungen zur Anwendung gebrachten Satze nicht entgegen. Denn in jener Entscheidung wurde angenommen, daß zwischen den einzelnen Beklagten in den verschiedenen Prozessen eine wahre Streitgenossenschaft bestehe, da die gegen sie erhobenen Ansprüche nicht nur Theile einer und derselben Darlehensforderung waren, hinsichtlich welcher die Bekl. als gemeinschaftlich verpflichtet in Anspruch genommen worden, sondern auch ursprünglich eine gemeinschaftliche Klage gegen sämmtliche Beklagte gerichtet worden, und eine spätere Trennung nur aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit erfolgt war. Aus diesen Gründen, und weil es lediglich als eine Sache der Form betrachtet wurde, daß die Entscheidung nicht in Einem auf sämmtliche Beklagte sich erstreckenden gemeinschaftlichen Urtheil, sondern je in abgesonderten Entscheidungen, gleichzeitig ausgesprochen worden, wurden die Beschwerdesummen in allen den fraglichen Prozessen, sofern sie nur als Theile eines und desselben Rechtsstreites sich darstellen, zur Herstellung der Berufungssumme zusammengerechnet.

Thl. II., Tit. 2, §. 6 in Betreff der Appellationssumme bestimmt ist, daß die „Hauptsach" sie erreichen müsse, und daß wegen dieses Ausdrucks angenommen wurde, daß auch das Interesse nicht eingerechnet werden dürfe.[217] Im Hinblick hierauf muß angenommen werden, daß mit dem lediglich aus dem IV. Edikt in das Appellabilitätsgesetz wieder aufgenommenen Beisatz „mit Ausschluß der Zinse und Kosten" nur eine Erläuterung des Worts „Hauptsumme" der Beschwerde durch Anführung von Nebenforderungen, welche den Gegensatz bilden, gegeben werden wollte, daß hiezu Zinsen und Kosten als die am häufigsten vorkommenden Nebenforderungen gewählt worden sind, daß aber damit der Gegensatz selbst nicht erschöpfend bestimmt werden wollte.[218] Demgemäß wurde von dem Obertribunal schon in einer Entscheidung vom 26. Juli 1828 ausgesprochen, daß Früchte zu Begründung der Appellabilität nicht zur Hauptsumme geschlagen werden dürfen,[219] und ebenso wurde den 3. Okt. 1838 in S. K. c. W., den 13. Okt. 1840 in S. K. c. M., den 7. Dez. 1847 in S. H. c. A. und den 10. Okt. 1862 in S. F. c. W. ausgesprochen, daß bei der redhibitorischen Klage, wenn neben dem Kaufschilling die Füt-

---

[217] So wird von **Schöpff**, Proc. app. p. 189, unter Anführung eines Urtheils vom 19. Sept. 1712 und weiterer württembergischer Schriftsteller, angenommen, daß Interesse und Zinsen behufs Herstellung der Appellationssumme nicht eingerechnet werden dürfen, und derselben Ansicht ist **Hofmann**, über die von dem Herz. württ. Hofgericht eingeführte Appellationssumme §. 24. Beide berufen sich zugleich auf die Bestimmungen der Reichsgesetze und die Kameralschriftsteller, insbesondere aber auf die Praxis des Reichshofraths.

[218] Auch in dem Berichte der Kommission der K. d. A. über den Entwurf des Appellabilitätsgesetzes wird von der fraglichen Bestimmung in einer Weise gesprochen, welche auf diese Auffassung schließen läßt. Verh. der K. d. A. v. 1841/3 Bd. 16, Beil.-Heft 1, Abth. 3, S. 899.

[219] **Schütz**, Civilprozeß S. 412. **Berner**, Organisationsedikt S. 77. Ziff. 4. **Berner-Schäfer**, das Verfahren S. 543.

terungskosten des redhibirten Thiers ersetzt verlangt werden, letztere mit dem Kaufschilling zum Behufe der Herstellung der Appellationssumme nicht zusammengerechnet werden dürfen.[220]

72) Nachweis der Appellationssumme durch den Betrag der Prozeßkosten im Fall der Kompensation derselben.

Nach §. 152 letzter Absatz des IV. Edikts ist eine Sache appellabel, wenn auch nur die nach dem angefochtenen Erkenntniß von dem Appellanten zu tragenden Prozeßkosten die zur Statthaftigkeit der Berufung erforderliche Summe erreichen.[221] So weit es sich hiebei um Kosten des Rechtsanwaltes einer Partei handelt, so kommen diese nur insoweit in Betracht, als sie gerichtlich dekretirt sind, so weit es sich aber um eigene Kosten der Partei handelt, kann eine außergerichtliche Dekretur nicht erfolgen, weil es an einer Taxe für die eigenen Bemühungen einer Partei fehlt, und werden solche Kosten von dem Gegner bestritten, so

[220] In den Entscheidungsgründen zu dem Erk. v. 14. April 1860 in S. Sch. c. K. wurde zwar eine Bemerkung niedergelegt, bei welcher von der Zulässigkeit der Zusammenrechnung ausgegangen worden zu seyn scheint, allein es wurde die Entscheidung auf fragliche Bemerkung nicht gegründet. Bei zwei weiteren Entscheidungen vom 15. Sept. 1860 in S. M. c. S. und vom 25. Juni 1862 in S. E. c. D. wurde die Frage umgangen, bei der oben angeführten Entscheidung vom 10. Okt. 1862 aber wieder in Uebereinstimmung mit der alten Praxis die Unzulässigkeit der Zusammenrechnung ausgesprochen.

[221] Daß das Vorhandenseyn der Apellabilität im Kostenpunkte auch die Apellabilität der an sich der Summe nach nicht apellablen Hauptsache nach sich ziehe, ist eine von dem Obertribunal längst angenommene und auch in neuerer Zeit beharrte Thesis. Sarwey, Monatsschr. Bd. 4, S. 283 ff. Berner, das Org.-Edikt, S. 77, Ziff. 6. Berner-Schäfer, das Verf. S. 542. Entsch. des Obertribunals in Pleno vom 15. Januar 1856 in S. K. c. M.; vom 16. Dez. 1857 in S. St. F. B. c. Sch.; vom 7. Juni 1861 in S. St. c. M.; vom 6. Mai 1862 in S. L. c. M.

kann deren Feststellung nur im ordentlichen Rechtswege erfolgen. Die Möglichkeit einer solchen Feststellung im Rechtswege ist jedoch nur gegeben, wenn der Gegner zu Bezahlung der Kosten verurtheilt ist, während im Falle der Vergleichung der Kosten in Ermanglung eines auf Ersatz gerichteten Klagrechts der Rechtsweg nicht betreten werden kann. Wird daher in einem Falle, wo die Kosten verglichen worden sind, die Appellabilität auf den Betrag der eigenen Kosten der appellirenden Partei gegründet, so muß bei Berechnung der Appellationssumme der Kostenbetrag gerade so zu Grunde gelegt werden, wie er von dem Appellanten spezifizirt wird, indem der Richter der Appellationsinstanz keine Prüfung und Ermäßigung derselben vornehmen kann, überdieß aber schon im Allgemeinen der Grundsatz gilt, daß bei der Prüfung der Berufungssumme die Forderung des Appellanten maßgebend ist, ohne daß deren Würdigung vorgegriffen werden kann, und zudem ein Fall von der vorliegenden Art demjenigen gleich zu behandeln ist, in welchem nur über den Bestand der Verbindlichkeit im Allgemeinen erkannt, die Entscheidung über die Größe der Forderung aber dem besonderen Verfahren vorbehalten wird. Ist in solchen Fällen der letzteren Art der Appellant von dem Unterrichter mit seiner Klage abgewiesen worden, und kann er somit, ähnlich wie in dem obigen Falle, denselben wegen der Feststellung der Größe seiner Forderung selbstverständlich gar nicht anrufen, so bemißt sich nach einem stets befolgten Grundsatze die Berufungssumme lediglich nach der von dem Appellanten berechneten Größe seiner Forderung und es wird von dem Richter höherer Instanz hiebei nicht untersucht, ob diese Berechnung auch wirklich begründet sey. In gleicher Weise muß es in obigem Falle gehalten werden.

Entsch. des Obertribunals vom 20. Juni 1862 in S. Pfl. c. Pfl.

73) Zusammenrechnung verschiedener aus unehelicher Schwängerung hergeleiteten Ansprüche behufs der Herstellung der Appellationssumme.

Nach konstantem Gerichtsgebrauch des Obertribunals findet eine Zusammenrechnung der verschiedenen, aus unehelicher Schwängerung hergeleiteten Ansprüche, insbesondere der Ersatzforderung für die Kosten der Taufe und des Wochenbetts mit der Alimentenforderung für das Kind Behufs der Herstellung der appellablen Summe alsdann statt, wenn es sich zugleich von der für diese sämmtlichen Ansprüche präjudiziellen Frage der Vaterschaft handelt, sonach bei allen diesen Ansprüchen die Entscheidung auf dem Beweise ihres gemeinschaftlichen Klagefundaments, nämlich auf dem Beweise der bestrittenen Thatfrage beruht, ob in der kritischen Zeit ein fleischlicher Umgang der Klägerin mit dem Beklagten stattgefunden habe.

Entsch. des Obertribunals vom 24. Dez. 1860 in S. L. c. M.

74) Appellationssumme. Schätzbarkeit des Streitgegenstandes.

In einem Rechtsstreit über das Eigenthum einer unter dem Wohnhause des Klägers befindlichen Kellerabtheilung, wovon der Beklagte das Eigenthum, eventuell ein mit seinem benachbarten Hause verbundenes dingliches Recht der ausschließlichen Benützung angesprochen hatte, war der Streitgegenstand von dem Richter zweiter Instanz denjenigen Sachen beigezählt wordeu, welche ihrer Natur nach eine Schätzung nicht wohl zulassen. Als eine Quote des gesammten Hauswerths lasse sich der Werth nicht bestimmen, weil bei der qualitativen Verschiedenheit eines Kellers und der übrigen Bestandtheile eines Hauses ein plausibler Theilungsmaßstab kaum denkbar seye; die Kosten der Herrichtung eines ähnlichen Kellers können für die Taxation nicht entscheiden, weil hiebei die bestehenden Miteigenthumsverhältnisse und die eigenthüm-

lichen Vortheile oder Nachtheile der durch den Zusammenhang mit dem Hause bedingten Lokalität ignorirt würde; der gemeine Verkaufswerth aber könne nicht maßgebend seyn, da hiebei die mannigfachen Interessen der Parteien an dem Besitze des Kellers, welche nicht wohl zu Geld sich anschlagen lassen, unbeachtet bleiben. — Diese Ansicht wurde von dem Obertribunal nicht für richtig erkannt. Denn, sagen die Motive, die von dem Gerichtshof geltend gemachten Gründe beweisen mehr nicht, als daß der absolute und relative Werth des Streitgegenstandes ein verschiedener seyn kann, je nachdem er von dem Standpunkte des einen oder des andern der beiden streitenden Hauseigenthümer oder im Allgemeinen irgend welcher dritten etwaigen Kaufsliebhaber und abgesehen von seiner Bedeutung als Zubehörde eines bestimmten Hauses bemessen werde, und daß bei der Werthsbemessung nicht nach einseitigen Rücksichten verfahren werden dürfe, sondern alle Momente, welche darauf Einfluß haben können, mit der nöthigen Umsicht zu beachten seyen. Indessen ist es eine in Städten, wie auf dem Lande ganz gewöhnliche Erscheinung, daß Gebäude, sey es nach aliquoten Theilen, oder nach einzelnen in ungleichartiger Weise ausgeschiedenen Gelassen unter verschiedene Besitzer getheilt sind, namentlich kommt es häufig vor, daß Räumlichkeiten für ökonomische Zwecke, wie Magazine, Stallungen, Keller &c. eines Hauses abgesondert von den übrigen Haustheilen von dritten Personen besessen werden. Derartige Hausantheile haben daher auch im Verkehrsleben nicht minder ihre laufenden Preise und ihre bestimmbaren Werthe, wie ganze Gebäude, und es fehlt nicht an Anhaltspunkten, wonach der erfahrene Sachverständige bei umsichtiger Beachtung der konkreten Verhältnisse des einzelnen Falls in den Stand gesetzt ist, den Werth solcher Räumlichkeiten, beziehungsweise den relativen Werth eines Hauses, je nachdem gewisse Einrichtungen oder Bequemlichkeiten, sey es im Innern des Hau-

ses oder in der Nachbarschaft, dazu gehören oder nicht, mit derjenigen Sicherheit festzustellen, welche bei Schätzungen überhaupt möglich ist [222]

Entsch. des Obertribunals vom 8. Febr. 1862 in S. H. c. R.

75) Zum Begriffe der Gleichförmigkeit der Erkenntnisse.

a) Das Obertribunal hat nach vorgängiger Berathung in voller Versammlung am 23. Januar 1856 den Grundsatz angenommen, daß bei der Frage über die Zulässigkeit der Berufung hinsichtlich der Hauptforderung, soferne dieselbe von dem Daseyn der Berufungssumme abhängt, die beiden vorigen Erkenntnisse, soweit sie den Kostenpunkt betreffen, nicht in Betracht kommen, und daß daher die Gleichförmigkeit oder Ungleichförmigkeit der beiden vorigen Erkenntnisse nur, soweit sich die Entscheidungen auf die Hauptforderung beziehen, zu berücksichtigen ist. [223] Was hier vom Kostenpunkte gesagt ist, gilt in derselben Weise vom Zinsenpunkt, und es sind daher zwei Erkenntnisse, wenn dasjenige der ersten Instanz nur im Zinsenpunkte durch das zweitinstanzliche Erkenntniß abgeändert, bezüglich der Hauptsache aber bestätigt worden ist, bei der Frage von der Appellabilität bezüglich der Hauptforderung nicht als ungleichförmige zu betrachten. Denn bei der Frage nach der Gleichförmigkeit der Erkenntnisse können nur diejenigen Punkte in Betracht kommen, durch deren Werthbetrag allein die zur Oberberufung erforderliche Summe gebildet werden kann, und dieß ist bei der Berufung hinsichtlich der

---

[222] Bei dem von dem Obertribunal eingeleiteten Schätzungsverfahren wurde die Thunlichkeit einer Schätzung je von dem Standpunkte des einen oder des anderen der streitenden Theile auch von den Sachverständigen in keiner Weise beanstandet.

[223] Berner-Schäfer, das Verf. in bürgerl. Streitsachen S. 59. Tafel, Civ.-Rechtsspr. Bd. 2, S. 371 f.

Hauptforderung nur diese mit Ausschluß der Zinsen wie der Kosten.

Entsch. des Obertribunals vom 7. Juni 1861 in S. St. c. S.

b) Wenn das Erkenntniß zweiter Instanz für den Appellanten günstiger ist, als dasjenige der ersten Instanz, so sind diese Erkenntnisse nach den von dem Obertribunal bisher befolgten Grundsätzen bei der Appellabilitätsfrage wie gleichförmige zu betrachten, und es muß daher die Summe der für den Appellanten übrig bleibenden Beschwerde, weil solche schon im Erkenntniß erster Instanz gelegen war, den Betrag von 500 fl. erreichen. Dieß gilt insbesondere auch dann, wenn der Appellant vor dem ersten Richter ganz und unbedingt unterlegen, durch den zweiten Richter aber sein Unterliegen noch von einem Eid abhängig gemacht worden ist.

Entsch. des Obertribunals vom 16. Okt. 1861 in S. Krß. c. K.

76) Ist im Kostenpunkte reformatio in pejus zulässig?

Wenn gegen ein auf Kostenkompensation lautendes Urtheil nur die in der Hauptsache unterlegene Partei appellirt hat, von der in der Hauptsache obsiegenden Partei aber gegen die in der Kostenvergleichung enthaltene Zuscheidung der von ihr aufgewendeten Kosten keine Beschwerde (weder im Wege der Appellation noch der Adhäsion) erhoben worden ist, so ist in Folge dessen die unterrichterliche Entscheidung in letzterer Beziehung, also soweit die obsiegende Partei zu Tragung ihrer eigenen Kosten verurtheilt worden, rechtskräftig geworden, und daher der Oberrichter zu einer Abänderung dieses Theils des Erkenntnisses zu Gunsten der appellatischen Partei nicht befugt. [224]

Entsch. des Obertribunals vom 28. April/26. Juni 1858 in S. Sch. c. Wittwe P.

---

[224] Anders nach römischem Rechte, welches der in der Hauptsache obsiegenden und nur durch die Kostenkompensation beschwerten Partei eine

77) Restitution gegen Versäumnisse eines bevollmächtigten Rechtsanwalts im Verfahren vor den Bezirksgerichten.

In der am 15. Dezember 1860 oberstrichterlich entschiedenen Rt.-S. Sch. c. M. wurde die Frage, ob die Nachlässigkeit des bevollmächtigten Anwalts der für sich selbst schuldlosen Partei im bezirksgerichtlichen Verfahren einen gerechten Restitutionsgrund bilde, von dem Obertribunal in voller Versammlung bejaht, während das betreffende Bezirksgericht und der Gerichtshof zu Tübingen sie verneint hatten. Es wird von Interesse seyn, wenn in Folgendem die Begründung der beiden sich entgegenstehenden Ansichten mitgetheilt wird. In den Gründen des Gerichtshofs zu dessen Erkenntniß vom 30. Oktober 1857 wurde dießfalls ausgeführt:

---

selbstständige Berufung versagt, dagegen aber dem Oberrichter das Recht einräumt, das Urtheil im Kostenpunkte von Amtswegen zum Vortheil des Apellaten abzuändern. cst. 10 Cod. Quando provocare non necesse. (7,64.) Linde, Handb. über die Lehre von den Rechtsmitteln Bd. 1, S. 310 f. Schmid, Handb. des gem. Civilprozesses Thl. 1, S. 204, 205. Gensler, Comm. zu Martin's Lehrbuch (Ausg. von Morstadt) Bd. 2, S. 120. Das württ. Recht gestattet, abweichend hievon, auch der in der Hauptsache obsiegenden Partei die Ergreifung der Berufung wegen der Vergleichung der Kosten, wenn der Betrag derselben die Berufungssumme erreicht. Ist letzteres nicht der Fall, so ist die selbstständige Berufung im Kostenpunkte ausgeschlossen, woraus von selbst folgt, daß die dießfällige Entscheidung rechtskräftig wird, da es sonst keinen vernünftigen Sinn hätte, die Berufung im Kostenpunkte von dem Vorhandenseyn der apellablen Summe abhängig zu machen. Es kann daher, abgesehen von dem Falle der Adhäsion, eine Abänderung im Kostenpunkte zum Vortheil des Appellaten nicht erfolgen. Die bayerische Gerichtsordnung Kap. XVII., §. 4, Nr. 4 schließt sich mehr an das römische Recht an, indem sie zwar dem nur durch die Kostenkompensation beschwerten Theile das Rechtsmittel in diesem Betreffe nicht abschneidet, dagegen aber dem Oberrichter, an welchen die Sache durch die Berufung des Gegentheils gelangt ist, auch eine Abänderung im Kostenpunkte zu Gunsten des Appellaten gestattet. Seuffert, Blätter für Rechtsanw. Bd. 11, S. 321 ff.

I. Die württembergischen Gesetze entscheiden die Frage nicht. Die Bestimmung des §. 76, Abs. 5 des IV. Edikts redet nicht von dem Verhältnisse der Partei zu ihrem Bevollmächtigten, welcher statt ihrer handelt, sondern von ihrer Beziehung zu einem Advokaten oder Fürsprecher, welcher neben ihr handelt, und indem sie eine Restitution ausschließt, wenn die Partei aus dem Grunde der Verhinderung ihres Advokaten ihrer Obliegenheit zum persönlichen Erscheinen nicht nachkommt, bezeichnet sie als den Grund hievon deutlich genug nicht die Schuld des Advokaten, sondern die eigene Schuld der Partei. Grund und Gegenstand dieser Bestimmung haben daher mit der vorliegenden Klage nichts gemein. Näheren Bezug hieher hat die Verordnung des Generalreskripts vom 21. Oktober 1739, die Abkürzung des gerichtlichen Verfahrens, besonders beim Hofgerichte betreffend. In Punkt 3 desselben (vergl. mit Punkt 9) wird nämlich ausgesprochen, daß Rechtsnachtheile, auch wenn durch Schuld des Anwalts verwirkt, unbedingt zu vollstrecken, und die Parteien auf den Regreß an den Anwalt zu verweisen seyen. Jedoch war diese Vorschrift nach Punkt 10 gedachten Generalreskripts zunächst nur für das Hofgericht und die Obergerichte des Landes gemeint, so daß für das Verfahren der niederen Gerichte und der heutigen Oberamtsgerichte hieraus eine unmittelbare Richtschnur nicht genommen werden kann. Nicht anders ist die Vorschrift der provisorischen Verordnung vom 22. September 1819, §. 11, Ziff. VIII., wonach zwar Versäumnisse der bei den Gerichtshöfen angestellten Prokuratoren, nicht aber diejenigen eines anderen Rechtsfreunds für die Parteien ein Recht auf Restitution begründen sollen, zunächst nur auf das Verfahren vor den höheren Gerichten berechnet. Immerhin ist aus diesen Bestimmungen die Neigung der partikularen Gesetzgebung zur Strenge in dieser Restitutionsertheilung zu entnehmen, und die Vermuthung liegt in der Natur der Sache, daß die für das Verfahren vor

den höheren Gerichten geltenden gesetzlichen Grundsätze nicht ohne Rückwirkung auf die Praxis der Untergerichte geblieben seyen. Die nächste gesetzliche Quelle für diese bietet indessen das gemeine Recht.

II. Das gemeine Recht hält an dem Grundsatze fest, daß die Restitution als außerordentliches Hilfsmittel überall da nicht zu verwilligen sey, wo dem Verletzten ein ordentliches Rechtsmittel, seines Schadens sich zu erholen, zur Seite stehe. l. 16 pr. D. de min. (4,4) l. 12 D. eod. Ein solches ordentliches Rechtsmittel ist die Regreßklage gegen den nachlässigen Anwalt. Die bloße größere Bequemlichkeit und leichtere Durchführbarkeit des Restitutionsmittels ist kein gesetzlicher Grund, von der Verweisung des Verletzten an das ihm zustehende ordentliche Rechtsmittel abzugehen. cst. 13, §. 11, Cod. de judic. (3,1). l. 1, §. 1, Cod. de pluspet. (3,10). l. 8, §. 1, D. mandati (17,1). Somit muß bei Nachlässigkeit des Anwalts wegen der hier zustehenden Regreßklage der Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung dem Gegner gegenüber ausgeschlossen seyn. Bestätigt wird dieser Satz durch zwei gesetzliche Spezialbestimmungen in cst. 10, Cod. de procur. (2,13) und l. 39 D. ex quib. caus. maj. (4,6), während die l. 8, D. de in int. rest. (4,1) und l. 26, §. 9, D. ex quib. causis (4,6) singuläre und keiner Ausdehnung fähige Ausnahmsfälle enthalten,[225] wie denn von jeher die herrschende Ansicht der Rechtslehrer dahin ging, daß wegen Nachlässigkeit des Anwalts die Partei kein Restitutionsrecht habe, sondern auf die Regreßklage gegen ihren säumigen Mandatar zu verweisen seye.

III. Seitdem die Majorität des Reichkammergerichts im Jahr 1786, hauptsächlich aus Zweckmäßigkeitsgründen, sich für die Zulassung der fraglichen Restitution ausgesprochen,[226] hat allerdings, und obwohl diesem reichs-

---

[225] Vangerow, Leitf. (7. Aufl.) Bd. 1, S. 329. Sintenis Civ.-Recht Bd. 1, S. 386, Note 97.

[226] Emminghaus, corp. jur. germ. S. 586 ff.

gesetzlich nicht bestätigten dubium camerale Gesetzeskraft nicht zukommt, [227] nach dem beinahe einstimmigen Zeugnisse der Prozeßrechtslehrer [228] die Praxis der Gerichte Deutschlands, wo sie keinen partikulargesetzlichen Abhaltungsgrund hatte, eine Wendung dahin genommen, den Boden der Gesetze zu verlassen. Allein eine solche den Gesetzen widersprechende Praxis hat für den Richter eine maßgebende Bedeutung nicht anzusprechen, es wäre denn, sie trüge die Merkmale eines förmlichen Gewohnheitsrechts. Schwer möchte es nun seyn, zu entscheiden, ob die Praxis der Gerichte solcher Länder, welche dießfalls der Einwirkung gemeinrechtlicher Rechtsbildung ungehindert offen stehen, einen damit übereinstimmenden und gleichförmigen Gang einhielt, wie er zur Bildung von Gewohnheitsrecht erfordert werden muß, indem entgegengesetzte Entscheidungen nicht fehlen, und die Annahme einer allgemeinen Praxis mehr auf bloßen, ohne Zweifel meist nachgesprochenen Behauptungen der Schriftsteller, als auf bekannten Entscheidungen der Gerichte beruht. [229] Jedenfalls ist für das württembergische Recht die Existenz eines solchen Gewohnheitsrechts zu verneinen. Denn die höheren Gerichte sind, was ihr eigenes Verfahren betrifft, an der Aufnahme einer solchen Gewohnheit partikulargesetzlich gehindert, theils durch die Vorschriften des Generalreskripts vom 21. Oktober 1739 und vom 14. August 1770, sowie den §. 11 der provisorischen Verordnung, theils durch den Grundsatz, daß gegen württembergisches Recht kein Gewohnheitsrecht zulässig ist. Es müßte also in Beschränkung auf das oberamtsgerichtliche Verfahren ein solches Gewohnheitsrecht entstanden seyn. Wie aber für die Bildung von Gewohnheitsrecht durch gleichförmige

---

[227] Archiv für civ. Pr. Bd. 4, S. 110. Danz, Grundsätze des Reichskammerger.-Proz. §. 75, 76.

[228] Siehe jedoch hiegegen Kori im Archiv für civ. Pr. Bd. 5, S. 399.

[229] Vergl. übrigens Seuffert, Archiv Bd. 6, Nr. 296.

richterliche Entscheidungen hauptsächlich die Praxis der Obergerichte maßgebend ist, indem sie eine Gemeinsamkeit von Entscheidungen anbahnt, und das Bewußtseyn dieser Gemeinsamkeit vermittelt, und es daher schon von dieser Seite schwierig ist, daß ein Gewohnheitsrecht speziell für das unterrichterliche Verfahren sich begründe, so weiß insbesondere auch der Gerichtshof ein solches Gewohnheitsrecht nicht zu bestätigen.

Von dem Obertribunal[230] wurde die entgegengesetzte Ansicht folgendermaßen begründet: Ohne Grund wird sich für die Verneinung der Frage auf §. 76, Abs. 2 des IV. Edikts berufen. Denn diese Gesetzesstelle bestimmt nur, daß wenn eine Partei, welche zu einer mündlichen Verhandlung geladen ist und gemäß gesetzlicher Vorschrift persönlich erscheinen muß,[231] (§. 72, 73 des IV. Edikts und §. 12, 13 der Justiznovelle vom 15. Sept. 1822) nicht erscheint, sondern den Termin deßhalb versäumt, weil der von ihr beigezogene, neben ihr handelnde Advokat zu erscheinen verhindert war, diese Verhinderung ihres Advokaten für sie keinen Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgeben solle. Diese Bestimmung des IV. Edikts hat offenbar darin ihren Grund, daß die Partei durch die Verhinderung ihres Rechtsfreundes nicht abgehalten ist, selbst zu erscheinen und über den ihr selbst am besten bekannten Sachverhalt Rede und Antwort zu geben, mithin ihr Nichterscheinen ihre eigene Schuld ist, kann aber nicht von einem Falle gelten, wo es sich um die Befolgung einer richterlichen Auflage durch den von der Partei als deren Vertreter bestellten Rechtsanwalt handelt.

Die Bestimmung in §. 11, Ziff. 8 der provisorischen

---

[230] Die Gründe des Obertribunals finden sich auch in Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 4, S. 260 ff.

[231] Vergl. hierüber meine Ausführung in Bd. 2 dieses Archivs S. 377 ff.

Verordnung vom 22. September 1819, wonach nur gegen Versäumnisse der bei den höheren Gerichten aufgestellten Prokuratoren restituirt wird, nicht aber, wenn dieselben „einem andern Rechtsfreunde" zur Last fallen, bezieht sich, wie die ganze provisorische Verordnung nur auf das Verfahren der Obergerichte, und da dieselbe sowohl in Ansehung der öffentlichen Rechtsanwälte, welche den Parteien wegen ihrer Versäumnisse haften, als in Ansehung der letzteren, die sich lediglich nur bei ihren Anwälten schadlos halten können, unläugbar eine nicht unbedeutende Strenge in sich schließt, so kann es nicht gestattet seyn, eine solche strenge Vorschrift ohne Weiteres auch auf das Verfahren vor den Oberamtsgerichten auszudehnen. Eine solche Ausdehnung läge aber in der Anwendung jener Bestimmung der provisorischen Verordnung auf dieses Verfahren, da es in Ansehung des letzteren an einem gleichen Ausspruche des Gesetzes fehlt; es kann eine derartige analoge Anwendung umsoweniger Platz greifen, als die fragliche Bestimmung Allem nach auf einem besonderen Grunde, auf dem Gedanken beruht, es sey zweckmäßig, daß die Procuratoren vor den höheren Gerichten allein handeln und neben ihnen nicht auch noch andere Rechtsanwälte thätig seyen.

Ganz dasselbe müßte von den hieher bezüglichen Bestimmungen des Generalrescripts vom 21. Oktober 1709 gelten, wenn sich dieselben je noch bei dem Hofgerichte und vor Einführung der provisorischen Verordnung in Geltung erhalten haben sollten; denn auch jenes Rescript war, wie es ausdrücklich sagt, blos für das Hofgericht und die Obergerichte des Landes bestimmt.

Was aber das gemeine Recht betrifft, so kommt in Anbetracht, daß die dießfälligen Bestimmungen des römischen Rechts in cst. 10. Cod. (2, 13) und l. 39 D. (4, 6), neben welchen Stellen indessen auch eine andere, der milderen Behandlung sich zuneigende vorkommt (l. 26 §. 9,

D. (4, 6),[232] darin ihren Grund haben, daß die Parteien die Wahl eines weniger zuverläßigen Anwalts sich selbst, ihrem eigenen Mangel an Umsicht, beizumessen haben, während sie bei öffentlich aufgestellten und autorisirten Rechtsanwälten weit eher auf deren Pünktlichkeit rc. zu rechnen berechtigt seyen. Es hat sich daher nach der fast durchaus übereinstimmenden Ansicht und Darstellung der Schriftsteller,[233] hauptsächlich in Anlehnung an den Beschluß des Reichskammergerichts vom 19. Mai 1786 nach und nach die Ansicht gebildet, daß die Parteien, welche nicht selbst eine Schuld trifft, gegen die Versäumnisse der öffentlichen Rechtsanwälte in den vorigen Stand wieder einzusetzen und nicht einmal ihre vorgängige Ausklagung auf Schadenersatz nöthig sey. Und was insbesondere die bei uns in Württemberg befolgten Grundsätze anbelangt, so ergibt sich aus dem bekannten Gemeinbescheide des Obertribunals vom 27. Juli 1825, betreffend die Wiedereinsetzung gegen die durch die Schuld der Procuratoren und der Rechtsanwälte versäumten Appellationsnothfristen, daß das Obertribunal damals hauptsächlich davon ausgegangen ist, daß nach den vor Einführung der provisorischen Verordnung vom 22. September 1819 befolgten Grundsätzen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

---

[232] Savigny, System Bd. 7, S. 176—178.

[233] Bayer, Vorträge (8. Aufl.) S. 341 ff. Linde, Lehrb. §. 138, S. 178. Gönner, Handb. des gem. Proz. Bd. 1, S. 479—488. Schmid, Civilprozeß S. 267. Osterloh, Civilprozeß S. 496. Heffter, Lehrb. des Prozesses S. 223. Danz, Grunds. des ordentl. Prozesses S. 122, Note 1. Grolmann, Theorie S. 81. Wetzell, Syst. S. 53. Gensler, im civ. Archiv Bd. 4, S. 115—117. Martin, Lehrb. §. 82. Derselbe, Vorlesungen Bd. 1, S. 449 ff. Sarwey, Monatschr Bd. 1, S. 518, 519. Dessen Civil-Praktikum Einl. S. 50. Scheurlen, Civilprozeß S. 411, Note 10. Schütz, Civilprozeß S. 215. Reinhardt, Civ.-Prozeß Bd. 1, S. 133. Reyscher, Württ. P.-R. Bd. 1, §. 165, N. 6. Berner-Schäfer, das Verf. S. 231.

gegen Versäumnisse der Advokaten, mochten sie zugleich Prokuratoren seyn oder nicht, namentlich gegen die Versäumung einer Nothfrist als begründet angenommen worden sey. Dieß hat damals das Obertribunal als etwas „Unzweifelhaftes und Bekanntes" vorausgesetzt,[234] und ist somit nach diesem Zeugnisse aus jener früheren Zeit die Annahme begründet, daß diese Grundsätze zur Anwendung gekommen sind, wovon jetzt abzuweichen keine Gründe vorliegen.

78) Arrestverfügung eines ausländischen Richters. Statutenkollision.

Wenn ein ausländischer Richter die Forderung eines Inländers zu Gunsten eines Dritten mit Arrest belegt hat, und es wird diese Arrestverfügung bei einem württembergischen Gerichte, vor welchem der arrestirte Schuldner seinem Gläubiger Recht zu geben hat, von jenem dem letzteren als Einrede gegen die auf Zahlung der Forderung gerichtete Klage entgegengehalten, so hat der württembergische Richter vom Standpunkte seiner Gesetzgebung aus zu entscheiden, ob der ausländische Richter zur Arrestverfügung zuständig gewesen ist. Denn wenn es sich auch nicht von Vollstreckung einer ausländischen Verfügung handelt, so handelt es sich doch darum, ob der inländische Richter solche als zu Recht bestehend zu respektiren und seiner Entscheidung zu unterstellen habe und es begründet keinen Unterschied, ob auf den Grund eines ausländischen Erkenntnisses ein inländischer Schuldner zur Zahlung angehalten oder ein inländischer Gläubiger mit seiner Forderung weggewiesen werden soll.[235]

Entsch. des Obertribunals vom 6. Nov. 1861 in S. d. württ. Zuckerfabr.-Ges. c. die M. A. Feuervers.-Gesellschaft.

---

[234] Sarwey, Monatschr. Bd. 1, S. 518 ff. Scheurlen, der bürgerl. Prozeß S. 411, N. 18.

[235] Jurisdiktionsverträge mit Bayern und Baden §. 2, 3. Wächter, Württ. Priv.-R. Bd. 2, S. 81.

79) Wirkung der Einwilligung des Gläubigers in die Sistirung der Exekution bis zu einer gewissen Zeit, keine Borgfrist.

In der nach Ablauf der Zahlungsfrist ertheilten Einwilligung des Gläubigers in die Sistirung der Exekution bis zu einer bestimmten Zeit liegt nicht eine Anborgung der Forderung und ein Aufgeben der durch die Ertheilung des Zahlungsbefehls und den Ablauf der Zahlungsfrist erworbenen Rechte, sondern nur die Gewährung eines Aufschubs der Exekution. Eine so beschränkte Stundung ist nach dem Gesetze zulässig, ohne daß dadurch die Wirkungen der Ertheilung und des Ablaufs der Zahlungsfrist aufgehoben werden.[236] Schon die bekannte Absicht des Gesetzgebers bei Erlassung des Gesetzes vom 13. November 1855, die Rechtshilfe wegen unbestrittener Forderungen rascher zu gestalten und von möglichen Weiterungen und Ausflüchten der Schuldner unabhängiger zu machen,[237] spricht gegen eine hievon abweichende Auslegung des Gesetzes, bei welcher es dem Gläubiger unmöglich wäre, ohne Nachtheil für sich noch im Laufe des Exekutivverfahrens Rücksichten gegen den Schuldner eintreten zu lassen, und aus den Verhandlungen

---

[236] Anders bei Ertheilung einer wirklichen Borgfrist. Denn wenn der Gläubiger nach Ertheilung des Zahlungstermins weitere Borgfrist gestattet, so ist keine fällige Schuld mehr vorhanden, und es kann demzufolge solche auch nicht mehr exequirt werden, woraus von selbst folgt, daß der Zahlungsbefehl durch die Borgfristertheilung seine rechtliche Wirksamkeit verliert, und der Gläubiger, wenn der Schuldner die verwilligte Zahlungsfrist nicht einhält, einen neuen Zahlungsbefehl auswirken muß. Entsch. des Obertribunals v. 8. Mai 1848 in S. F. und G. c. H. und vom 15. März 1862 in S. Sch. u. L. c. Sp. Vergl. auch Sarwey, Monatschrift Bd. 2, S. 120. Bd. 10, S. 252, Bd. 11, S. 271. Neuffer, Zeitschr. Bd. 1, S. 374 ff.

[237] Verh. d. K. d. A. von 1854/5. I Beil. Bd. I Abth. S. 126, 127, 309—313. Verh. d. K. d. St. von 1854/5. IV. Beil. Bd. S. 156 ff.

der Kammer der Abgeordneten[238] ergibt sich, daß die vorliegende Frage dort zur Sprache gekommen ist, und der Berichterstatter der Kommission, wie der Vertreter der Staatsregierung, ohne Widerspruch von irgend einer Seite zu erfahren, sich für die Zulässigkeit eines Aufschubs der Exekution ausgesprochen haben. Läuft daher die von dem Gläubiger bewilligte Frist ab, ohne daß seine Befriedigung durch den Schuldner erfolgt, so hat jener ein Recht darauf, daß mit dem Ablauf der bewilligten Stundung die Exekution sofort vorgenommen wird.

Entsch. des Obertribunals vom 14. Juni 1861 in S. S. c. E.

80) Ein dritter Aufstreich ist bei dem Exekutionsverkaufe eines Grundstücks auch im Falle der Beibringung eines besseren Käufers gesetzlich nur statthaft, wenn bei dem ersten Aufstreich kein Angebot erzielt worden.

Nach Art. 22 und 23 der Exekutionsnovelle vom 13. November 1855 soll, wenn ein Grundstück im Exe-

---

[238] Verh. d. K. d. A. v. 1854/5. I Prot. Bd. S. 301, 302. Berichterstatter Probst: „ich wurde gefragt, wie es zu halten, wenn eine Borgfrist gegeben wird, ob Art. 4 auch soweit wirke, daß nach Ablauf der Frist die Exekutionsbehörde von selbst mit der Exekution weiter machen müsse. Ich möchte einen Unterschied machen; wenn von dem Gläubiger ausdrücklich gesagt wird, er gebe nur eine bestimmte kurze Frist, so liegt darin, daß nach Ablauf derselben die Behörde mit der Exekution fortmachen solle, und sie wird dieß auch thun müssen. Wenn dagegen von Seiten des Gläubigers eine Borgfrist im Allgemeinen ertheilt wird, so hat die Behörde keinen Anhaltspunkt dafür und sie hat dann erst auf neues Anrufen zu beginnen. Uebrigens wäre es von Interesse zu erfahren, ob der Herr Minister dieser Ansicht beipflichte." Justizminister: „Allerdings. Indessen möchte ich diesen Fall nicht sowohl als eine Borgfrist, denn als eine positive Concession dahin betrachten, daß die eigentlich jetzt begründete Exekution erst in 14 Tagen Statt finden solle und da macht sich die Wirkung von selbst. Daß aber eine unbestimmte Borgfrist die Wirkung haben muß, daß die Behörde nicht mehr thätig zu seyn hat, versteht sich von selbst."

kutionswege verkauft wird, ein zweiter Aufstreich nur im Falle der Beibringung eines besseren Käufers stattfinden und bei dessen Ergebnisse es sodann sein Verbleiben haben Nur dann, wenn bei dem ersten Aufstreich gar kein Angebot erzielt worden, soll nach Art. 24 schon von Amtswegen eine zweite Aufstreichsverhandlung eingeleitet, und im Falle der Beibringung eines besseren Käufers ein dritter, übrigens beschränkter Aufstreich vorgenommen werden. Hienach ist, wenn bei dem ersten Aufstreich ein Angebot erfolgt ist, der zweite Aufstreich unbedingt der letzte, und nur wenn der erste Aufstreich resultatlos geblieben und die von Amtswegen vorzunehmende zweite Aufstreichsverhandlung der Wirkung nach somit eigentlich die erste ist, gestattet der Art. 24 die Vornahme eines weiteren beschränkten Aufstreichs zwischen den besseren Käufern und Demjenigen, welcher im zweiten Aufstreich das höchste Angebot gemacht hat. Die Art. 22 und 23 reden von dem Falle, wo beim ersten Aufstreich ein Angebot erfolgt, der Art. 24 von dem Falle, wo dieß nicht geschehen ist, und daß der Abs. 2 des Art. 24 nur den Fall der im Abs. 1 gedachten, nach vergeblichem ersten Aufstreiche von Amtswegen vorgenommenen zweiten Aufstreichsverhandlung im Auge hat, geht schon aus den Worten des zweiten Absatzes: „Wird nach diesem zweiten Aufstreich" hervor. Könnte aber je ein Zweifel noch bestehen, so wird solcher durch die Kammerverhandlungen vollständig beseitigt. Der Entwurf unseres Gesetzes wollte regelmäßig nur eine Aufstreichsverhandlung und eine zweite nur dann zulassen, wenn bei der ersten gar kein Angebot erfolge. (Art. 13 des Entwurfs). Für den Fall eines bei der ersten Aufstreichsverhandlung erfolgten Angebots wollte den Gläubigern und dem Schuldner nur noch das Recht der Beibringung eines besseren Käufers eingeräumt werden (Art. 12 und 14 des Entwurfs), und wenn ein Angebot erst bei der zweiten Aufstreichsverhandlung erfolgte, sollte dieses Recht sogar nur noch dem Schuldner

zustehen (Art. 14 des Entwurfs). Blieb auch der zweite Aufstreich ohne Erfolg, so sollten die Gläubiger berechtigt seyn, das Gut um einen gewissen Preis zu übernehmen, der Schuldner aber im Falle eines solchen Erbietens jetzt noch das Recht haben, einen besseren Käufer beizubringen (Art. 15 des Entw.) [239] Die Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten war hiemit nicht einverstanden. Die Kommission gab zu, daß den Aufstreichsverhandlungen eine engere Grenze als bisher gesetzt werden müsse, allein sie hielt die Beschränkung auf Einen Aufstreich nicht für gerechtfertigt. Sie stimmte zu, daß an dem Ergebnisse des ersten Aufstreichs nichts geändert werden solle, wenn nicht die Gläubiger oder der Schuldner einen besseren Käufer beigebracht haben; allein seye dieß der Fall, so wäre das Mindeste, was noch zu geschehen hätte, um das Interesse des Schuldners und der Gläubiger zu wahren und zugleich von dem ersten Aufstreich keinen Kaufslustigen abzuhalten, daß nunmehr noch ein auf den oder die beigebrachten besseren Käufer und den Käufer bei der früheren Versteigerung beschränkter Aufstreich stattfinde. Allein auch eine solche Beschränkung seye im Allgemeinen nicht gerechtfertigt; denn die Möglichkeit, daß im einzelnen Falle ein Aufstreich sich als unnöthig und damit eine Belästigung der Behörde und Verzögerung der Rechtshilfe herausstelle, seye in einem Falle, wo es sich nur von Einer weiteren Versteigerung handle, eine untergeordnete Rücksicht gegenüber der Möglichkeit, daß durch einen zweiten Aufstreich erst im einzelnen Falle der höchstmögliche Erlös erzielt werde. Dagegen, wird in dem Bericht fortgefahren, erscheine jene Rücksicht allerdings überwiegend, wenn eine Aufstreichsverhandlung bereits vergeblich stattgefunden habe, und nun von Amtswegen eine zweite Versteigerung einzuleiten

[239] Verh. d. K. der Abg. von 1854/55. 1. Beil.-Heft S. 125.

sey. Nach dieser halte die Kommission für angemessen, auch wenn ein besserer Käufer noch beigebracht worden, blos den oben erwähnten beschränkten Aufstreich noch zuzulassen.[240] Klarer hätte sich die Kommission nicht aussprechen können, daß ein wiederholter öffentlicher Aufstreich stattfinden solle, wenn entweder der erste Aufstreich vergeblich gewesen oder nach dem ersten Aufstreich ein besserer Käufer beigebracht worden, die Vornahme eines beschränkten Aufstreichs aber dann eintreten solle, wenn der erste Aufstreich vergeblich gewesen und erst nach dem sofort von Amtswegen vorzunehmenden zweiten Aufstreich ein besserer Käufer beigebracht worden. Daß ein dritter beschränkter Aufstreich auch dann zugelassen werden solle, wenn schon zwei Aufstreiche mit Erfolg vorgenommen worden, davon war nirgends die Rede. Die Kommission schlug demgemäß an die Stelle der Art. 12—16 des Entwurfes die jetzt als Art. 21—26 in das Gesetz aufgenommenen Artikel vor, von denen der Art. 15 der Art. 24 des Gesetzes geworden ist.[241] Die Kammer nahm den Art. 15 (jetzt 24) nach dem Antrag der Kommission unverändert an, ohne daß unsere Frage zur besonderen Erörterung kam; doch wurde aus anderem Anlaß von verschiedenen Seiten anerkannt, daß der Art. 15 (jetzt 24) lediglich von dem Falle handle, wenn der erste Aufstreich vergeblich gewesen.[242] Auch ist noch zu bemerken, daß nach dem ursprünglichen Antrage der Kommission der zweite Absatz des Art. 24 (15 des Entwurfs) beginnen sollte: „Wird nach dem zweiten Aufstreiche.“[243] Bei Berathung der abweichenden Beschlüsse der Kammer der Standesherren

---

240 Verh. d. K. d. Abg. von 1854/55. 1. Beil.-Heft S. 319.
241 Ebendas. S. 319, 320.
242 Verh. d. K. d. A. v. 1854/55. Bd. 1, S. 273.
243 Verh. d. K. d. A. von 1854/55. 1. Beil.-Heft S. 320.

trug aber der Berichterstatter der Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten vor, daß die Kommission zu Art. 15 die Gelegenheit ergriffen habe, eine kleine Fassungsänderung anzubringen, nämlich im Eingang des zweiten Absatzes zu sagen statt: „nach dem zweiten Aufstreich" — „nach diesem zweiten Aufstreich", weil im Entwurf von zwei Fällen des zweiten Aufstreichs die Rede seye, und diese Fassung wurde von der Kammer adoptirt.[244] Hieraus erhellt, daß das Wort „diesem" gerade aus dem Grunde gewählt wurde, um dem Mißverständniß zu begegnen, als ob die Bestimmung des Abs. 2 des Art. 24 sich auch auf den Fall des Art. 23 beziehe. Die Kammer der Standesherren ist in dieser Beziehung der zweiten Kammer beigetreten und der Art. 24 ganz in dem Sinne, wie er von der Kommission der zweiten Kammer beantragt worden, zur Verabschiedung gekommen.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. Juni 1858 in der Beschwerdesache des K.'schen Gläubigerausschusses.

81) Die für den Exekutionsverkauf gegebenen Vorschriften sind nicht absolut zwingende.

Bis zum Erscheinen des Gesetzes vom 13. November 1855, betreffend einige Abänderungen und Ergänzungen des Exekutionsgesetzes und des Pfandgesetzes war es ein in der Doktrin und Praxis unbestrittener Satz, daß die für den Güterverkauf im Exekutions- und Konkurswege gegebenen gesetzlichen Vorschriften von den Betheiligten abgeändert werden können, zu deren Gunsten und in deren Interesse sie gegeben sind. Bolley und Weishaar stimmen hierin überein,[245] und vielleicht in der Mehrzahl der Exekutions- und Gantverkäufe wurde dieser Satz

---

[244] Verh. d. K. d. A. v. 1854/55. Bd. 3, S. 2064.

[245] Bolley, Comm. Bd. 2, S. 964, 965. Weishaar, württ. Privatrecht Bd. 2, §. 623.

ohne Anfechtung zur Anwendung gebracht. Auch das Obertribunal hat bezüglich der für den Exekutions- und Gantverkauf durch das Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten stets angenommen, daß von denjenigen, in deren Interesse sie festgesetzt sind, giltig darauf verzichtet werden könne, und es hat sich das Obertribunal in dieser Weise z. B. bei der Entscheidung vom 13. Juni 1853 in S. M. c. M. und E. und vom 5. Mai 1835 in S. W. c. W. ausgesprochen. Es ist dieß auch der Natur der Sache entsprechend; die betreffenden Vorschriften bezwecken die möglichst rasche und vollständige Befriedigung der Gläubiger neben thunlichem Schutze des Schuldners, beziehungsweise werden dadurch die Rechte der Gläubiger unter sich und gegenüber von dem Schuldner geregelt. Es sind somit die Vorschriften in dem beiderseitigen Interesse der Gläubiger und des Schuldners zu deren beider Gunsten gegeben, und da auf ein Recht jederzeit verzichtet werden kann, so liegt, wenn sämmtliche Gläubiger und der Schuldner darüber einig sind, daß ihre Rechte bei dem Verkauf, bei welchem außer ihnen gar Niemand betheiligt ist, in anderer, als der in dem Gesetze vorgesehenen Weise gewahrt werden, kein innerer Grund vor, einer solchen Uebereinkunft die rechtliche Wirkung zu versagen. Ebensowenig ist ein äußerer Grund vorhanden; das Exekutionsgesetz vom 15. April 1825 stellt, wie Bolley sagt, nur die in Ermanglung einer dießfälligen Uebereinkunft der Betheiligten eintretende Regel auf, und gibt der Exekutionsbehörde die erforderlichen Vorschriften, von welchen sie ohne Einwilligung der Betheiligten nicht abgehen darf, schließt aber ein anderweitiges Uebereinkommen der Betheiligten nicht aus. Dieß gilt auch von der Exekutionsnovelle vom 13. November 1855. Aus Anlaß der Entscheidung einer an das Obertribunal gebrachten Beschwerde in der K.'schen Gantsache am 23. Juni 1858 wurde zwar geltend gemacht, daß durch das gedachte Gesetz, abweichend von den bis dahin in anerkannter Uebung

gewesenen Grundsätzen, unbedingt zwingende Vorschriften für den Verkauf im Exekutions- oder Konkurswege gegeben worden seyen, und daß daher insbesondere auch im Falle der Uebereinstimmung der sämmtlichen Gläubiger und des Schuldners kein weiterer Aufstreich zulässig seye, als das Gesetz für statthaft erkläre. Allein ein ausdrückliches Verbot einer vertragsmäßigen Abänderung der gesetzlich bestimmten Förmlichkeiten des Exekutionsverkaufs enthält die Exekutionsnovelle so wenig, als das Exekutionsgesetz, und ebenso ist die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer dießfälligen Uebereinkunft weder in den sehr kurzen und wenig eingehenden Motiven erwähnt, noch in den Kammerverhandlungen zur Sprache gekommen. Das Gesetz gedenkt des Falles, wo alle Betheiligte von vornherein über eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften einig geworden sind, nicht, dasselbe normirt nur die Rechte der Gläubiger und des Schuldners gegen einander, indem dasselbe insbesondere die Fälle bestimmt, in welchen die mit Verlust bedrohten Gläubiger oder der Schuldner ein Recht auf einen weiteren Aufstreich oder Nachgebot haben sollen, und diese einzelnen Gläubiger wie der Schuldner können für sich natürlich nur unter den im Gesetze bestimmten Umständen weiteren Aufstreich oder Annahme eines Nachgebots verlangen. Denn ihnen gegenüber stehen diejenigen Gläubiger, welche schon bei dem bisherigen Ergebnisse des Verkaufs Befriedigung erhalten; diese haben ein Recht auf Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften, welche ja gerade in ihrem Interesse und zu ihren Gunsten gegeben sind, und ohne ihre Einwilligung in eine Abweichung von jenen Vorschriften muß es bei solchen sein Bewenden haben. Hieraus folgt aber nicht, daß die Vorschriften auch für den Fall, wo alle Betheiligten, die gesammte Gläubigerschaft und der Schuldner, unter sich einig sind, gegen deren Willen und Absicht zur Anwendung zu kommen bestimmt sind. Allerdings war bei dem Regierungs-

entwurf das Streben möglichster Abkürzung und Beschleunigung des Verfahrens offenbar ein Hauptmotiv, und die vorherrschende Tendenz der Regierung, die Raschheit der Rechtspflege über Alles zu stellen; der Gedanke, es habe die Regierung aus diesem Grunde unbedingt zwingende Vorschriften geben und jede vertragsmäßige Abweichung hievon ausschließen wollen, liegt daher nicht zu ferne. Allein eine ausdrückliche und unzweideutige Manifestation einer solchen Absicht Seitens der Regierung ist nicht erfolgt, und es ließe sich in der That nicht erklären, warum die Regierung jene Absicht, wenn sie solche wirklich gehabt, mit dürren Worten auszusprechen unterlassen haben sollte, da ihr nicht unbekannt seyn konnte, daß die Praxis bis dahin gerade von der entgegengesetzten Ansicht ausgegangen ist. So wenig aber die Regierung die Absicht der Aufstellung absolut zwingender Vorschriften der Kammer gegenüber ausgesprochen hat, ebensowenig ist die Frage von der Zulässigkeit einer Uebereinkunft über die Abweichung von den für den Verkauf im Exekutions- oder Konkurswege gegebenen Vorschriften in den beiden Kammern zur Sprache gekommen, ja es findet sich nicht einmal eine Andeutung in dieser Beziehung in den Kammerverhandlungen, und es dürfte nicht allzu gewagt seyn, den Grund hievon darin zu suchen, daß man an diesen Fall gar nicht gedacht hat. Läßt sich aber dieß unterstellen, so ist damit der Annahme jeder Boden genommen, daß die Frage durch das Gesetz entschieden worden. Alle bei den Kammerverhandlungen geschehenen Aeußerungen hatten den Fall im Auge, wo das Gesetz überhaupt zur Anwendung zu kommen hat; allein ob dasselbe auch im Falle einer dazwischen liegenden Uebereinkunft sämmtlicher Betheiligter gegen diese zur Anwendung kommen, eine solche Uebereinkunft also ausschließen solle, davon war nirgends die Rede. Es fehlt daher an einem haltbaren Grunde für die Annahme, daß sämmtliche Faktoren der Gesetzgebung sich darüber geeinigt haben, die freie

Uebereinkunft der Betheiligten unbedingt auszuschließen, vielmehr sprechen überwiegende Gründe dafür, daß diese Frage gar nicht entschieden werden wollte, und man wird sich daher dafür entscheiden müssen, eine solche Uebereinkunft auch gegen die Vorschriften der Exekutionsnovelle zuzulassen.

Bei der oben angeführten Entscheidung des Obertribunals vom 23. Juni 1858 wurde die Frage als zweifelhaft dahin gestellt gelassen, und inzwischen ist solche ausdrücklich nicht mehr zur Erörterung gekommen; bei der unter der folgenden Nummer anzuführenden Entscheidung vom 7. Juni 1861 wurde jedoch ohne weitere Erörterung die Zulässigkeit einer Abweichung von den gesetzlichen Förmlichkeiten bei Exekutionsverkäufen, wenn die Betheiligten zustimmen, im Einklang mit der älteren Praxis stillschweigend angenommen.

82) Der Schuldner kann einen von ihm genehmigten Zwangsverkauf wegen Verletzung von Förmlichken nicht mehr anfechten.

Der obrigkeitliche Zwangsverkauf ist für den Schuldner der Regel nach nur dann verbindend, wenn hiebei die in dem Gesetze vom 13. Nov. 1855 Art. 17 und 22 gegebenen Vorschriften beobachtet worden sind. Hat jedoch der Schuldner den vorgenommenen obrigkeitlichen Zwangsverkauf genehmigt, so liegt der Grund der ihn verbindenden Kraft des Verkaufs in seiner Einwilligung in solchen, und darauf, ob die gesetzlichen Vorschriften, welche zum Schutze des Schuldners bei ohne oder gegen seinen Willen vorgenommenen obrigkeitlichen Zwangsverkäufen gegeben sind, beobachtet worden, kann es daher nicht ankommen. Insbesondere kann es nicht im Sinne des Gesetzes liegen, die Giltigkeit eines solchen Verkaufs davon, daß dem Schuldner noch eine Frist zur Beibringung eines besseren Käufers gegeben werde, abhängig zu machen, wenn der

Schuldner nach der Aufstreichsverhandlung sofort erklärt, daß er den Verkauf genehmige.

Entsch. des Obertribunals vom 7. Juni 1861 in S. P.'sche Kinder c. M.

83) Ein Zahlungsbefehl ist zur Begründung eines Vorzugsrechts im Gant auch dann geeignet, wenn die Zahlungsfrist mit Einwilligung des Gläubigers auf mehr als 30 Tage erstreckt worden ist.

Die Bestimmungen des Prioritätsgesetzes vom 15. April 1825, Art. 13 über das Vorzugsrecht derjenigen, welche für eine eingeklagte Forderung vor entstandenem Konkurs einen obrigkeitlichen Zahlungsbefehl erlangt haben, und des Exekutionsgesetzes von demselben Tage Art. 88 und der Novelle vom 13. November 1855, Art. 2 über die einem Schuldner zu ertheilende Zahlungsfrist sind sowohl ihrem Zweck als ihrem Grunde nach wohl zu unterscheiden. Jenes Vorzugsrecht beruht auf dem Grunde, daß der wachsame Gläubiger vor dem, der es nicht ist, den Vorzug verdiene,[246] und hat den Zweck, daß der vigilante Gläubiger bei dem später ausgebrochenen Konkurs vor den nicht, oder erst später vigilant gewordenen Gläubigern locirt werde. Eine nähere Bestimmung darüber, unter welchen Voraussetzungen dieser Zahlungsbefehl gegeben werden darf und wie er beschaffen seyn müsse, ist im Prioritätsgesetz nicht enthalten. Wenn nun gleich gewisse Voraussetzungen sich von selbst verstehen, wie die Voraussetzung der Fälligkeit einer Schuld, und wenn gleich die Wirksamkeit eines solchen Befehls und die wichtigen Folgen, welche für den Schuldner dadurch entstehen, das Erforderniß mit sich führen, daß eine Frist anberaumt, die Vornahme der Exekution für

---

[246] Kommissionsbericht zu dem Prioritätsgesetz-Entw. Verh. d. K. d. A. v. 1823/4. III außerord. Beil.-Heft S. 347.

den Versäumnißfall angedroht werde, wie dieß beides auch in dem Exekutionsgesetz Art. 87 und 88 ausdrücklich für das Exekutionsgesuch und die demselben entsprechende richterliche Verfügung vorgeschrieben ist; so ist doch eine bestimmte Dauer der mit dem Zahlungsbefehl zu verbindenden Frist weder durch das Motiv der Wachsamkeit, noch durch den Zweck des zu begründenden Vorzugs geboten, denn beides wird schon mit der Anbringung des Exekutionsgesuchs, beziehungsweise der richterlichen Verfügung darauf erreicht, möge nun die wirkliche Vornahme der Exekution früher oder später eintreten. [247]

---

[247] Für die Beantwortung der Frage, wie ein Zahlungsbefehl beschaffen seyn müsse, um das Vorzugsrecht der vierten Klasse im Gante des Schuldners zu begründen, wird sich aus dem oben angeführten Motive des Gesetzes wohl nichts entnehmen lassen. Denn mag auch die Rücksicht auf die größere Wachsamkeit des Gläubigers einen Grund für die Schaffung des fraglichen Vorzugsrechts abgegeben haben, so genügt zu dessen Begründung noch keineswegs, wenn der Gläubiger auch Alles gethan hat, was die Wachsamkeit ihm geboten, da das Gesetz nicht eine diese Wachsamkeit bekundende Handlung des Gläubigers oder wenigstens nicht diese allein als Bedingung des Vorzugsrechts aufgestellt, sondern dasselbe von dem Hinzutritt einer Verfügung der Vollstreckungsbehörde, von der Ertheilung eines Zahlungsbefehls durch dieselbe abhängig gemacht hat. Eine besondere Begriffsbestimmung, wie ein Zahlungsbefehl beschaffen seyn müsse, um das Vorzugsrecht zu begründen, hat das Prioritätsgesetz, wie auch in der obigen Obertribunalentscheidung gesagt ist, nicht gegeben. Hieraus folgt, daß das Gesetz keinen besonderen Begriff damit verbinden wollte, sondern einen nach Maßgabe der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen ertheilten Zahlungsbefehl im Auge hatte. Die entscheidende Frage wird daher stets bleiben, ob es nach den für das Exekutionsverfahren geltenden Grundsätzen gesetzlich zulässig ist, einen obrigkeitlichen Zahlungsbefehl unter Anberaumung einer die gesetzliche Grenze von 30 Tagen übersteigenden Zahlungsfrist zu ertheilen. Müßte dieß verneint werden, so könnte ein solcher Zahlungsbefehl ein Vorzugsrecht niemals begründen, wie es sich auch mit der Wachsamkeit des Gläubigers verhalten möchte, denn ein nicht gesetzlich ertheilter Zahlungsbefehl besteht überhaupt nicht zu Recht, und kann ein Vorzugsrecht, welches durch die rechtliche Existenz eines Zahlungsbefehls bedingt ist, so wenig begründen, als er zur Herbeiführung der Hilfsvollstreckung sich eignet. Ganz

Das Exekutionsgesetz dagegen hat zunächst den Zweck, dem Gläubiger außer dem Konkurs auf dem schnellsten und sichersten Weg zu seiner Befriedigung zu verhelfen, und ihn, der sein Recht fordert, vor den Folgen unzeitiger Schonung des Schuldners, vor Willkür der Behörde und Chikanen zu schützen, wie das in den Regierungsmotiven zum Gesetz ausgedrückt wird.[248] Daneben sollte auf möglichste Schonung des Schuldners Rücksicht genommen, und wenn der Hauptzweck auf die eine oder die andere Weise gleich genügend erreicht werden kann, stets das mildere Mittel gewählt werden. Als hauptsächlicher Zweck des Gesetzes wurde bezeichnet, daß es in jeder Hinsicht fest und bestimmt sey, daß auf den Grund des Gesetzes der Gläubiger sich darüber sichere Rechnung machen könne, es werden seine gesetzmäßigen Anträge bei der Behörde zuverlässiges Gehör und stracke Vollziehung finden.[249] Wenn nun im Art. 88 des Exekutionsgesetzes bestimmt ist, „daß die Zahlungsfrist nach Bewandtniß der Umstände und insbesondere nach der Größe der Forderung auf 30 Tage sich erstrecken könne", so wollte hiemit ohne Zweifel eine Ausgleichung zwischen der vom Gläubiger zu erwartenden prompten Justiz und der dem Schuldner zu gönnenden billigen Schonung getroffen werden. Der Gesetzesentwurf hatte im §. 82 die Bestimmung enthalten: „Sogleich nach Anbringung jenes Gesuchs, wenn dabei nicht besondere Bedenklichkeiten obwalten, ist dem Schuldner mittelst Dekrets eine Frist von

---

richtig wird daher auch in obiger Entscheidung im weiteren Verlaufe der Gründe aus der rechtlichen Zulässigkeit und Wirksamkeit eines Zahlungsbefehls mit verlängerter Frist im Exekutionsverfahren auf dieselbe Wirksamkeit bezüglich des Vorzugsrechts geschlossen. Ebendaher wird es aber auch auf den oben hervorgehobenen Unterschied der Gründe der fraglichen Bestimmungen des Prioritäts- und des Exekutionsgesetzes wohl nicht ankommen.

[248] Verh. d. K. d. A. a. a. O. S. 477—479.

[249] Ebendas. S. 79.

15—45 Tagen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bei Vermeidung der Exekution anzuberaumen." [250] Bei der Berathung erklärte der Regierungskommissär, das minimum der vorgeschlagenen Exekutionsfrist diene zum Schutz des Schuldners. [251] Dieses minimum wurde indeß von der Kammer nicht beliebt, nachdem von einer Seite dagegen geltend gemacht war, daß es Fälle gebe, wo 15 Tage ein zu langer Termin sey und auch das maximum wurde von 45 Tagen auf 30 Tage herabgesetzt, nachdem vom Präsidenten (Weishaar) die Ansicht geäußert worden war, daß für alle Forderungen ein Termin von 15 Tagen genügend sey. [252] Es läßt sich hieraus abnehmen, daß die Herabsetzung des maximum von 45 auf 30 Tage im Interesse des Gläubigers erfolgt ist. Von der gleichen Ansicht ging die Exekutionsnovelle vom 13. November 1855 aus, welche im Art. 2 vorschreibt, daß die Zahlungsfrist bei Forderungen bis zu 50 fl. nicht über 14 Tage und bei größeren nicht über 30 Tage betragen dürfe. Schon im Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten über den Gesetzesentwurf war bemerkt worden: „allerdings habe vor Allem der Gläubiger das vollste Recht auf Befriedigung seiner liquiden Forderungen; aber wo dem Schuldner nicht die Möglichkeit übrig gelassen werde, nach Maßgabe seiner Lage Zeit und Umstände noch zu benutzen, um die Mittel auf die ihn am wenigsten beschwerende Weise herbeizuschaffen, da seyen es auch nothwendig die Gläubiger, welche zuletzt mit dem Schuldner unter der Vorschnelligkeit der Exekution leiden. [253] Bei der Berathung über dieses Gesetz äußerte der Justizminister (v. Plessen), der Entwurf sey von allen Rednern, welche bisher darüber gesprochen haben, insoferne ganz

[250] Ebendas. S. 509.

[251] Ebendas. Heft 14, S. 1423.

[252] Ebendas. S. 1424 f.

[253] Verh. d. K. d. A. von 1854/5. 1 Beil. Bd. S. 309.

richtig aufgefaßt worden, als sie davon ausgehen, daß die Frist, welche bestimmt werde, lediglich dazu dienen solle, dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, die Baarmittel, in deren augenblicklichem Besitz er sich nicht befinde, herbeizuschaffen. Dagegen dürfe aber das Recht des Gläubigers auf gleichbaldige Befriedigung nicht außer Augen gelassen werden, wonach es angemessen erscheine, eine engere und eine weitere Schranke zu ziehen, je nachdem die Forderung unter einen gewissen Betrag herabfalle, oder nicht.[254] Die Frist von 30 Tagen, welche in diesem Gesetz als die längste Zahlungsfrist festgesetzt ist, erscheint hienach lediglich im Interesse des Gläubigers bestimmt. Wenn daher dieser es sich gefallen läßt, oder ausdrücklich einwilligt, daß seinem Schuldner eine längere als die im Gesetz vorgeschriebene Zahlungsfrist gegeben werde, so ist kein Grund einzusehen, warum eine solche Zahlungsfrist wirkungslos werden soll. Die Einwendung, daß die Bewilligung einer längeren Frist mit der Sicherheit des Verkehrs, mit der Ordnung des Exekutionsverfahrens und mit den Rechten Dritter sich nicht vertragen würde, ist nicht haltbar, da die Vornahme einer Exekution, so lange keine Ueberschuldung eingetreten, nur die Rechte des betreffenden Gläubigers und Schuldners berührt, und Dritten keine Einsprache dabei zusteht, auch die Exekutionsbehörde, welcher die Führung eines Terminbuchs zur Pflicht gemacht ist,[255] den Ablauf der Frist ebenso gut wahren kann, wenn sie eine längere, als wenn sie eine kürzere ist. Auch aus dem oben angeführten Zweck der Exekution läßt sich kein Grund entnehmen, warum die Vornahme der Exekution ungesetzlich seyn sollte, weil dem Schuldner statt einer dreißigtägigen eine längere Frist anberaumt worden. Ist aber die Exekution zulässig, und erscheint die ertheilte Zahlungsfrist

[254] Ebendas. Bd. 1, S. 295.

[255] Vollziehungsverfügung des Justizmin. v. 22. Dez. 1855, §. 5.

für sie als wirksam, so muß die gleiche Wirksamkeit dem Zahlungsbefehl auch hinsichtlich des dadurch bewirkten Vorzugsrechts zugemessen werden, weil das Prioritätsgesetz einen von den Bestimmungen des Exekutionsgesetzes abweichenden Begriff des Zahlungsbefehls nicht aufstellt.[256] Ein entscheidendes Argument dafür, daß eine Verlängerung der Zahlungsfrist mit Einwilligung des Gläubigers zulässig ist, liegt aber im Art. 2 der Exekutionsnovelle selbst, wo bestimmt ist, daß die Zahlungsfrist nur ohne ausdrückliche Zustimmung des Gläubigers nicht erstreckt werden dürfe. Darf folglich mit Zustimmung des Gläubigers nach fruchtlosem Ablauf der ersten Frist dieselbe erstreckt werden, und wird hiedurch der Gläubiger des durch den ersten Zahlungsbefehl erlangten Vorzugsrechts nicht verlustig,[257] so muß das Gleiche gelten,

---

[256] Vergl. Note 247.

[257] Daß in dem Falle, wenn die erste Zahlungsfrist mit Zustimmung des Gläubigers von der Exekutionsbehörde erstreckt, also mit anderen Worten eine zweite Frist unter Exekutionsbedrohung ertheilt wird, der Gläubiger des durch den ersten Zahlungsbefehl erlangten Vorzugsrechts nicht verlustig werde, was die obigen Entsch.-Gründe als sich von selbst verstehend hinstellen, dürfte erst zu beweisen seyn. Mir scheint die Richtigkeit dieses Satzes bezweifelt werden zu können. Auf einen Zahlungsbefehl kann ein Vorzugsrecht im Gante des Schuldners nur gegründet werden, wenn der Zahlungsbefehl noch rechtlich giltig und wirksam ist, d. h. wenn ohne den dazwischen getretenen Gant auf den Grund des fraglichen Zahlungsbefehls die Exekution eingeleitet werden könnte. Hievon ist auch das Obertribunal stets ausgegangen, (so z. B. bei der Entsch. v. 15. Mai 1846 in S. Sch. c. E.; v. 14. Juni 1861 in S. S. c. E., v. 9. Nov. 1861 in S. M. c. K.) und auch die obigen Entscheidungsgründe gehen davon aus, indem sie die Bewirkung des Vorzugsrechts durch einen Zahlungsbefehl auf dessen Wirksamkeit im Exekutionsverfahren gründen. Nun hört aber letztere Wirksamkeit des ersten Zahlungsbefehls auf, wenn mit Einwilligung des Gläubigers eine zweite Frist gegeben wird; es ist nicht mehr die Nichtbefolgung des ersten Zahlungsbefehls, welche die Exekution zu Folge hat, sondern nur die Nichtbefolgung des zweiten Befehls hat diese Wirkung und es hat der erste Befehl jede Wir-

wenn ein geräumigerer Zahlungsbefehl gleich von Anfang an mit Zustimmung des Gläubigers ertheilt wird.

Die Einwendung, daß nach diesem Grundsatz ein Zahlungsbefehl auch auf viele Jahre hinaus ertheilt werden könne, ist deßwegen nicht zutreffend, weil die Hinausschiebung der Exekution auf so lange Zeit hinaus wegen der inzwischen möglichen Veränderungen im Vermögensstand des Schuldners sich als eine wirksame Exekution nicht zeigt, und ebensowenig das Moment der Wachsamkeit in einem solchen Falle zutrifft. Die Grenze, bis zu welcher die Zahlungsfrist rechtlich giltig und wirksam erstreckt werden kann, läßt sich in abstracto nicht ziehen, sondern es muß hiebei auf die besondere Beschaffenheit des Falls Rücksicht genommen werden.[258]

---

tung für das Exekutionsverfahren verloren, sobald eine zweite Zahlungsfrist gegeben wird. In Folge dessen wird man auch nur den zweiten Zahlungsbefehl als zu Bewirkung eines Vorzugsrechts geeignet betrachten können, was im Falle, daß zwischen der Ertheilung der ersten und der zweiten Zahlungsfrist ein anderer Gläubiger gleichfalls einen Zahlungsbefehl erwirkt hat, von großer Wichtigkeit seyn kann. Die von Neuffer, Zeitschr. Bd. 2, S. 176 mitgetheilte Entsch. eines Gerichtshofs steht der hier ausgesprochenen Ansicht nicht entgegen, da in jener Entsch. angenommen wurde, es seyen die fraglichen wiederholten Zahlungsbefehle ohne Genehmigung des Gläubigers, also ungesetzlich, von der Exekutionsbehörde ertheilt worden, in welchem Falle allerdings der erste Zahlungsbefehl als der allein gesetzlich zu Recht bestehende in Betracht kommen konnte.

[258] Hienach würde es ganz von dem richterlichen Ermessen im einzelnen Falle abhängen, ob ein Zahlungsbefehl mit einer längeren als der gesetzlichen Frist ein Vorzugsrecht zu begründen geeignet seye, was schon an sich nicht unbedenklich erscheinen dürfte. Jedenfalls aber könnte ich es nicht für gerechtfertigt finden, wenn das Moment der Wachsamkeit bei der Frage, ob im einzelnen Falle ein Zahlungsbefehl mit verlängerter Frist ein Vorzugsrecht bewirken könne, den Ausschlag geben sollte. Denn für das Exekutionsverfahren kommt dieses Moment, wie die obigen Entscheidungsgründe selbst annehmen, nicht in Betracht, und es kann daher die Einleitung der Exekution auf den Grund eines Zahlungsbefehls nicht verweigert werden, weil die Zustimmung einer unmäßigen Verlängerung der Zahlungsfrist einen Mangel der

Ebenso ungegründet ist die Einwendung, daß eine längere Zahlungsfrist nach der Exekutionsnovelle von 1855 nicht als Zahlungsbefehl im Sinne des Prioritätsgesetzes angesehen werden könne, weil jenes neue Gesetz den in den Motiven ausgesprochenen Zweck habe, das Exekutionsverfahren rascher und einfacher zu machen. Zwar war es, wie auch der Justizminister bei der Berathung des Gesetzes anerkannte, mit ein Zweck desselben, daß der Angriff des Schuldners mit rascherem Erfolg als bisher stattfinden könne.[259] Hauptsächlich war es aber, nach den Motiven zum Gesetzesentwurf,[260] die Erwägung, „daß die bestehende Exekutionsgesetzgebung mit ihren vielen und ausgedehnten Fristen und Förmlichkeiten für die dermaligen Kreditverhältnisse unzureichend sey“, was die Regierung zur Einbringung des Gesetzes bestimmte, und auch der Justizminister bestätigte, daß viele Bestimmungen des Gesetzes dahin abzielen, das Verfahren einfacher und klarer zu machen. Wollte man nun die Bestimmung im Art. 2 des neuen Gesetzes, daß die Zahlungsfrist nicht über 30 Tage betragen dürfe, dahin auslegen, daß auch mit Einwilligung des Gläubigers eine längere als dreißigtägige Frist nicht gegeben werden dürfe, und daß, wenn eine längere Frist gegeben werde, dieselbe wirkungslos sey, folglich ein neuer Zahlungsbefehl erfolgen müsse, so würde hiedurch das Verfahren nicht abgekürzt, sondern

---

Wachsamkeit involvire, vielmehr muß die Exekutionseinleitung erfolgen, wenn nur der Zahlungsbefehl den hiefür gegebenen gesetzlichen Bestimmungen entspricht. So lange aber ein Zahlungsbefehl für das Exekutionsverfahren als giltig und wirksam erscheint, begründet er auch ein Vorzugsrecht, da das Prioritätsgesetz, wie schon bemerkt, keinen besonderen Begriff eines Zahlungsbefehls aufgestellt hat, woraus von selbst folgt, daß das Moment der Wachsamkeit für die Beurtheilung der Giltigkeit und Wirksamkeit eines Zahlungsbefehls mit verlängerter Frist überhaupt nicht in Betracht kommen kann.

[259] Verh. d. K. d. A. v. 1854/55, Bd. 1, S. 220.

[260] Ebendas. 1. Beil. Bd. S. 126.

verlängert, die Förmlichkeiten würden nicht vermindert, sondern vermehrt werden.

In der Debatte in der Kammer der Abgeordneten über die Frage, wie es zu halten sey, wenn eine Borgfrist gegeben werde, wurde von dem Berichterstatter (Probst) die Ansicht geäußert und von dem Justizminister bestätigt, daß, wenn von dem Gläubiger ausdrücklich gesagt werde, er gebe nur eine bestimmte kurze Frist, hierin liege, daß nach Ablauf derselben die Ortsbehörde mit der Exekution fortmachen solle. Aus diesen Aeußerungen will jetzt gefolgert werden, daß auch die im Art. 2 gestattete Erstreckung der Frist mit ausdrücklicher Zustimmung des Gläubigers jedenfalls nur eine kurze Erstreckung seyn dürfe. Allein besagte Aeußerungen beziehen sich nicht auf die erste Zahlungsfrist, sondern auf eine nach Ablauf der ersten Frist gestattete weitere Frist, auf eine Borgfrist. Solche Borgfristen wurden schon nach der bisherigen Praxis als die Exekution unterbrechend und das erlangte Vorzugsrecht aufhebend betrachtet, weil die Forderung dadurch in einen Zustand versetzt wird, in welchem sie nicht mehr exekutionsreif ist, und der Gläubiger seine Wachsamkeit, welche ihm sein Vorzugsrecht verschaffte, wieder aufgegeben hat.[261] Eine solche, ohne Mitwirkung der Exekutionsbehörde gegebene Borgfrist wurde in der angeführten Kammerdebatte als den Zahlungsbefehl vernichtend angesehen. Es wurde dabei aber das Hauptgewicht darauf gelegt, daß bei einer im Allgemeinen, unbestimmt gegebenen Borgfrist die Ortsbehörde keinen Anhaltspunkt dafür habe, wenn sie wiederum in Thätigkeit treten solle. Daß eine mit ausdrücklicher Zustimmung des Gläubigers von der Exekutionsbehörde verstattete bestimmte Erstreckung der Frist, wenn sie auch eine längere ist, nach Art. 2 nicht zulässig seyn solle, läßt sich hieraus nicht ableiten, sie erscheint als eine neue Zahlungsfrist und ist von der

[261] Vergl. oben Note 236.

Borgfrist im Sinne des Art. 3 des Gesetzes, welche die Exekution unterbricht, wesentlich verschieden. Daß aber dasjenige, was nach Art. 2 von einer mit ausdrücklicher Bewilligung des Gläubigers erstreckten Frist gilt, nach der Natur der Sache auch von einer mit Einwilligung des Gläubigers von Anfang an gestatteten längeren Zahlungsfrist gelten müsse, wurde schon oben bemerkt.

Endlich läßt sich auch nicht einwenden, daß es bei einer längeren als dreißigtägigen Zahlungsfrist an der Wachsamkeit des Gläubigers, worauf sein Vorzugsrecht beruhe, fehle, da die Wachsamkeit sich durch Anbringung der Schuldklage äußert, und deßhalb auch mit der hierauf ergehenden Zahlungsverfügung das Vorzugsrecht beginnt, eine verstattete längere Frist aber nicht in der Unthätigkeit des Gläubigers, sondern in der Rücksicht auf den Schuldner seinen Grund hat, und es demselben nicht leicht möglich seyn kann, früher die nöthigen Zahlungsmittel herbeizuschaffen.[262]

All' diesem gemäß muß ein Zahlungsbefehl zu Begründung eines Vorzugsrechts im Gant auch dann für geeignet erkannt werden, wenn die Zahlungsfrist mit Zustimmung des Gläubigers auf mehr als 30 Tage erstreckt worden ist.

Entsch. des Obertribunals vom 15. März 1862 in S. Sch. u. L. c. Sp.

84) Ein Vorzugsrecht im Gant kann auf einen vor der Verfallzeit einer Forderung ertheilten Zahlungsbefehl nicht gegründet werden.

Zur Begründung des durch Art. 13, lit. c. des Prioritätsgesetzes vom 15. April 1825 eingeräumten Vorzugsrechts IV. Klasse genügt nicht die Thatsache, daß für eine eingeklagte Forderung überhaupt ein obrigkeitlicher Zahlungsbefehl ertheilt wurde, es wird vielmehr erfordert,

---

[262] Vergl. oben Note 247 und 258.

daß die Zahlungsverfügung gesetzlicher Ordnung gemäß erfolgt sey, daß somit die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen eine Exekutionsverfügung überhaupt zulässig ist. Ist dieß nicht der Fall, so besteht der ertheilte Zahlungsbefehl nicht zu Recht, kann daher auch keine rechtlichen Wirkungen äußern, und es kann auf Grund desselben ein Vorzugsrecht im Gante nicht beansprucht werden. Nach Art. 17 des Exekutionsgesetzes vom 25. April 1825 kann aber zur Exekution nur geschritten werden, wenn die Verbindlichkeit, welche erfüllt werden soll, anerkannt und wenn zugleich der Zeitpunkt der Leistung eingetreten ist.[263] Wenn daher die Exekutionsbehörde auf eine von dem Anrufenden selbst als noch nicht fällig bezeichnete (von diesem z. B. erst gekündigte)[264] Forderung eine Exekutionsverfügung durch Ertheilung eines Zahlungsbefehls trifft, so ist derselbe wegen des Mangels seiner gesetzlichen Voraussetzungen ungiltig und vermag keine rechtlichen Wirkungen zu äußern.

Entsch. des Obertribunals vom 9. Nov. 1861 in S. M. c. K.

85) Die Baugläubiger haben als solche kein Absonderungrecht an den Brandentschädigungsgeldern.

Nach dem Begriffe des Brandversicherungsgeschäfts

---

[263] Der Art. 1 der Exekutionsnovelle v. 13. Nov. 1855 macht die Ertheilung eines Zahlungsbefehls nur von der Voraussetzung abhängig, daß eine Forderung als unbestritten eingeklagt worden. Die Bestimmung des Art. 17 des Exekutionsgesetzes ist aber daneben in Kraft geblieben, und ergibt sich daher aus dem eigenen Vorbringen des Klägers, daß die eingeklagte Forderung noch gar nicht fällig ist, so ist die Ertheilung eines Zahlungsbefehls nicht statthaft.

[264] Es kommt nicht selten vor, daß bei auf 1/4jährige Kündigung stehenden Kapitalien der Gläubiger bei der Exekutionsbehörde den Antrag stellt, die Kündigung dem Schuldner unter Exekutionsbedrohung zu eröffnen. Dieß ist durchaus unstatthaft, da vor Ablauf der Kündigungsfrist keine fällige Forderung vorliegt. Vergl. Neuffer, Zeitschrift Bd. 2, S. 324.

sind die Entschädigungsgelder die Gegenleistung gegen die vorangegangenen Prämienzahlungen. Der Natur des Verhältnisses nach gehört also die Entschädigung demjenigen, der die Versicherungsbeiträge zu bezahlen hatte, d. i. dem Eigenthümer. Um statt des Eigenthümers auf eine nicht durch Vertrag begründete Weise die Bauglaubiger als Berechtigte an dessen Stelle treten zu lassen, bedürfte es daher einer besonderen gesetzlichen Vorschrift; eine solche besteht aber nicht. Die Brandversicherungsordnung vom Jahr 1807 enthält nur den Satz, daß die Entschädigungsgelder lediglich zum Zwecke der Wiederherstellung der abgebrannten Gebäude ausgefolgt werden und daß diesem Zwecke kein Zugriff von Gläubigern hindernd in den Weg treten dürfe. Ein Schluß aus diesem Zwecke des Gesetzes darauf, daß die Entschädigungsgelder nicht dem Versicherten, sondern den Baugläubigern gehören, ist unzulässig, weil diese Folgerung durch jenen Zweck ganz und gar nicht geboten ist, sondern hier andere, nicht mit Eingriffen in Privatrechte verbundene Mittel, wie die Zurückhaltung der Gelder, Aufstellung eines Baupflegers u. s. w. vollkommen zureichen. Nach dem geltenden Rechte hat derjenige, welcher zu einem Bauwesen Geld leiht, kein Absonderungsrecht weder an die hergestellte Sache, noch an flüssig werdende Brandentschädigungsgelder, sondern dem Billigkeitsgrunde einer vorzugsweisen Berücksichtigung solcher Gläubiger ist seit Aufhebung des gemeinrechtlichen Vorzugsrechts eine andere Rücksicht gesetzlich nicht geschenkt, als daß denselben unter den Voraussetzungen des Art. 42 des Pfandgesetzes ein gesetzlicher Pfandrechtstitel eingeräumt ist.

Entsch. des Obertribunals vom 8. Juli 1861 in der At.-S. E. c. B.

86) Können zukünftige Nutznießungserträgnisse und Pensionsbezüge des Kridars zur Gantmasse gezogen werden.

a) Die Erträgnisse eines dem Schuldner zustehenden

Nutznießungsrechts können nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen zu Befriedigung der Gläubiger des Nutznießungsberechtigten verwendet werden, und es sind daher, wenn es zu einem Gantverfahren kommt, sowohl die verfallenen, als die künftigen Renten zur Gantmasse zu ziehen, und den Gläubigern zuzuweisen. Nur muß hiebei die Erfüllung der mit der Nutznießung verknüpften Verbindlichkeiten gesichert bleiben.[265] Ein Abzug wegen der Bedürfnisse des Gemeinschuldners für seine eigene Person oder seine Familie findet jedoch, wenn nicht die Nutznießung gerade nur hiezu eingeräumt worden ist,[266] nicht statt, da ein Gantmann als solcher nur die gewöhnliche gesetzliche Kompetenz anzusprechen hat, (Exekutionsges. Art. 38) wozu der Ertrag einer Nutznießung nicht gehört.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. April 1862 in S. H. c. F.

b) Dasselbe gilt von den künftigen Raten einer dem Kridar zustehenden Pension. Denn wenn der Gemeinschuldner das Recht auf den Bezug einer jährlichen Pension schon zur Zeit der Eröffnung des Gantverfahrens erworben hatte, so stellen sich die künftig verfallenden Pensionsraten nur als Ausflüsse eines schon zur Zeit der Ganteröffnung erworben gewesenen Rechts dar. Der Anspruch auf den Bezug der einzelnen künftigen Zuflüsse ist zwar bedingt durch die Fortdauer des Lebens des Pensionsberechtigten zu den betreffenden Zeitpunkten;

---

[265] Bayer, Theorie des Konkursprozesses (4. Aufl.) §. 25, S. 71 N 3, S. 72, S. 73, N. 10. Exekutionsgesetz vom 15. April 1825 Art. 38, 47. Sportelgesetz vom 23. Juni 1828, Art. 19. Bolley, Comm. Bd. 2, S. 946, 950, 951.

[266] Wenn übrigens die Nutznießung mit der ausdrücklichen Zweckbestimmung der Alimentation des Nutznießers eingeräumt worden ist, so haben die Gläubiger auf deren Ertrag keinen Anspruch. Seuffert, Archiv Bd. 5, Nr. 84. Bolley, Entw. u. Anträge Bd. 2, S. 548, Vangerow, Leitfaden Bd. 1. S. 220, 221.

allein auch ein in dieser Weise bedingter und betagter Anspruch auf jährliche Leistungen erscheint gleichwohl schon vor dem Eintrittt der einzelnen Termine als ein wohlerworbenes Vermögensrecht, welches nicht nur dem Berechtigten nicht willkürlich entzogen, sondern auch auf Andere übertragen werden kann. Erwirbt aber der Pensionsberechtigte die künftig verfallenden Pensionsraten kraft eines zur Zeit der Ganteröffnung schon begründeten Rechts,[267] so sind die künftigen Bezüge nicht als ein nach dem Gante neu erworbenes Vermögen, sondern als Bestandtheile der Gantmasse zu betrachten.[268] Demgemäß ist auch in der württembergischen Gesetzgebung (Exekutionsgesetz vom 15. April 1825 Art. 42, 47, 75, 76. Sportelgesetz vom 23. Juni 1828 Art. 18. 19. Instruktion zu dem Sportelgesetz vom 2. Mai 1831 §. 26) angenommen, daß Pensionen wie Renten oder Erträgnisse einer Nutznießung für die ganze künftige Lebensdauer des Berechtigten zu dessen Gantmasse gezogen und zu Befriedigung seiner Gläubiger verwendet werden können.

Entscheidung des Obertribunals vom 10. Oktober 1862 in S v. B. c. U.

87) Verzicht auf das Beschwerderecht bei Prodigalitätserklärungen.

Da Prodigalitätserklärungen als Gegenstand des

---

[267] Und, muß hinzugefügt werden, ohne daß der Erwerb der einzelnen Raten noch von einer besonderen Thätigkeit des Berechtigten, sondern lediglich von seiner Existenz abhängt. Anders bei Besoldungen, deren Fortbezug durch die fortdauernde Thätigkeit des Besoldeten bedingt ist, deren künftig verfallende Raten daher von dem Gemeinschuldner erst verdient werden müssen. Der zukünftige Verdienst des Gemeinschuldners kann aber nicht zur Gantmasse gezogen werden; wenn daher gegen öffentliche Diener ein Gant eingeleitet wird, so werden nur die zur Zeit der Ganteröffnung bereits verfallenen Besoldungsraten zur Gantmasse gezogen werden können.

[268] Bayer, Konkursprozeß (4. Aufl.) §. 25, 26, S. 71—74. Schmid, Civilprozeß Bd. 3, S. 255. Spangenberg, prakt. Erörterungen Bd. 1, S. 118—120.

öffentlichen Rechts sich nicht auf die bloße Einwilligung der zu Entmündigenden stützen können, sondern hiezu neben dem Daseyn der gesetzlichen Voraussetzungen auch die Beachtung der gesetzlich vorgezeichneten Förmlichkeiten des Prodigalitätsverfahrens wesentlich erfordert wird, so kann auf die Anfechtung einer formlosen Mundtodterklärung nicht mit Wirkung verzichtet werden.

Entsch. des Obertribunals vom 5. Dezember 1844 in der Beschwerdesache des Müllers B.

In der am 14. Sept. 1861 entschiedenen Beschwerdesache der Wittwe P., in welcher die Frage von der Wirkung eines Verzichts auf das Beschwerderecht bei Prodigalitätserklärungen neuerdings zur Sprache kam, wurde deren Beantwortung als zweifelhaft umgangen, indem angenommen wurde, daß der Verzicht in Frage nur ein bedingter gewesen, die Bedingung aber nicht eingetreten seye.[269]

Eine weitere Folge dieser Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals, Präjudizien in Wechselsachen, mußte wegen Mangels an Raum zurückgestellt werden und wird in dem nächsten, bereits unter der Presse befindlichen Heft erscheinen.

---

2) Verfahren in Schwurgerichtssachen, falls Zweifel bestehen, ob der Angeklagte zur Zeit der Schwurgerichtssitzung zurechnungsfähig ist.

(Von Herrn Prof. Dr. Geßler in Tübingen.)

Ueber das hier zu beobachtende Verfahren enthält das Schwurgerichts-Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung. Ein Zweifel kann nicht bestehen, daß wenn der Angeklagte in Wirklichkeit zur Zeit der Schwurgerichtssitzung unzurechnungsfähig ist, die Schwurgerichtsverhandlung

[269] Ueber das Beschwerderecht überhaupt vergl. Sarwey, Monatschrift Bd. 4, S. 301 ff.

nicht stattfinden kann, vielmehr zu vertagen ist. Dieß folgt aus dem Prinzipe der Oeffentlichkeit des Verfahrens gegenüber von dem Angeklagten, welches in den Art. 115, 172 des Schw.=G.=Gs. seine bestimmteste Anerkennung gefunden hat, sodann daraus, daß dem Angeklagten die Ausübung bestimmter Rechte, wie der Ablehnung von Geschwornen, sofern er unzurechnungsfähig ist, gar nicht in gehöriger Weise möglich ist, endlich daraus, daß wenn der Art. 172 bei einem physischen Erkranken des Angeklagten zur Fortsetzung der Verhandlung ohne seine Anwesenheit die Zustimmung desselben verlangt, bei einer Geisteskrankheit des Angeklagten eine Einwilligung in das Stattfinden der Verhandlung gar nicht rechtsgiltig erklärt werden kann, die körperliche Anwesenheit des Angeklagten aber einer Abwesenheit gleich zu stellen wäre.

Fraglich kann nur die Art des Verfahrens seyn. Hiefür ist wohl der Art. 105 des Schw.=G.=Gs. maßgebend. Nach dem Inhalt dieses Artikels kann der Schwur=Gerichtspräsident auf Antrag des Staatsanwalts oder Angeklagten oder auch von Amtswegen die Frist für die Verhandlung einer Sache verlängern. Die Gründe und die Art und Weise, wie die Ueberzeugung des Richters von den hiefür geltend gemachten Thatsachen beschaffen und erlangt seyn muß, sind nicht bezeichnet; es findet deßhalb hierin keine Beschränkung statt. Das Gutachten der Sachverständigen, eine Vernehmung des Angeklagten behufs der Konstatirung seines Geisteszustands müssen daher namentlich nicht in öffentlicher Sitzung erfolgen und werden selbst angemessener hier nicht geschehen, weil bei Bejahung der Zurechnungsfähigkeit die Geschwornen leicht aus diesen noch nicht für die Verhandlung der Hauptsache vorgenommenen Akten ihre Ueberzeugung schöpfen könnten. Zweckmäßig wird jedoch die Zuziehung des Vertheidigers, beziehungsweise seine Benachrichtigung von dem Inhalte schriftlich abgegebener Gutachten seyn.

Die Bildung des Schwurgerichts ist aber insbeson=

dere in so lange zu unterlassen, als nicht für den Präsidenten die Ueberzeugung feststeht, daß eine Vertagung nicht einzutreten habe. Die Abgabe der Erklärung durch den Angeklagten, daß er nicht schuldig sey, die Ablehnung der Geschworenen entbehrt ja einer verbindenden Kraft, abgesehen davon, daß der ganze Akt unnöthig ist.

Würde eine Vertagung nicht angeordnet seyn, sey es, daß gar keine Anzeige von bestehender Geisteskrankheit vorlag, oder daß die vorgelegene nicht als genügend angenommen wurde, so kann sie stets noch verfügt werden, wenn sich im Laufe der Verhandlung überhaupt erst Grund hiefür ergibt oder die Ueberzeugung sich anders gestaltet. Nur wird sofort nach Ansicht des Art. 172 der Schwurgerichtshof, nicht bloß der Präsident, sie auszusprechen haben.[1]

III.

Miscellen.

Zu dem Entwurf einer Advokatenordnung in Würtemberg.

(Von Rechtskonsulent Dr. Sarwey.)

Den Lesern des Archivs, namentlich den Rechtsanwälten Württembergs wird es nicht unerwünscht seyn, über den mit den umfassenden Prozeßarbeiten des Justiz-

---

[1]) Zu vergleichen Goltdammers Archiv für preuß. Strafrecht Bd. 20, S. 345 ff. Hierin ist gelegenheitlich eines Specialfalls die gleiche Frage behandelt. In diesem Falle wurde auf die Erklärung des Vorbehalts durch den Vertheidiger, nach Bildung des Schwurgerichts wegen Unzurechnungsfähigkeit einen Antrag auf Vertagung zu stellen, von dem Schwurgerichtshofe beschlossen, daß ein solcher Antrag vor der Bildung des Schwurgerichts zu stellen sey und wurde sofort nach Stellung des Antrags die Sachverständigen — unbeeidigt in

ministeriums im Zusammenhange stehenden Entwurf einer neuen Advokatenordnung und die hierüber bis jetzt gepflogenen Verhandlungen einige Mittheilungen zu erhalten. Dieselben haben sich zwar bei dem für solche Gegenstände eng bemessenen Raum dieser Zeitschrift auf die wesentlichsten Punkte zu beschränken. Es ist daher auch der Redaktion nicht möglich, eine Diskussion hierüber in diesen Blättern zu eröffnen, um nicht dem unmittelbar praktischen Stoff Raum zu entziehen. Doch nimmt vielleicht der eine oder andere Rechtsanwalt hievon Veranlassung, seine Wünsche und Ansichten auf anderem Wege zu veröffentlichen oder unmittelbar zur Kenntniß des K. Justizministeriums zu bringen. Auch der Verfasser ist gerne bereit, jede weitere Auskunft zu geben und etwaige Anträge zu sammeln und dem K. Justizministerium vorzulegen.

Wie bekannt, wurden sechs öffentliche Rechtsanwälte, die Herren Obertribunalprokurator Seeger von Stuttgart, Rechtskonsulent Neher von Biberach, Rechtskonsulent Probst von Stuttgart, Rechtskonsulent Schall von Oehringen, Rechtskonsulent Wetzel von Tübingen und der Verfasser von dem K. Justizministerium eingeladen, ihre Ansichten über die neue Advokatenordnung, mit deren Ausarbeitung Herr Obertribunalrath v. Sternenfels beauftragt ist, schriftlich und mündlich in Konferenzen auszusprechen. Nach einer vorläufigen schon zu Anfang des Jahres 1862 stattgehabten Besprechung, welcher auch der Justizministerialrath, Herr Obertribunalrath v. Faber, angewohnt hat, wurde ein Entwurf von Herrn Ober-

Abwesenheit des Angeklagten vernommen. Diese sprachen sich für völlige Zurechnungsfähigkeit aus und wurde hierauf die Verhandlung vorgenommen, in welcher der Angeklagte wegen Mords zum Tode verurtheilt wurde. Die gegen das beobachtete Verfahren erhobene Nichtigkeitsklage wurde zurückgewiesen, übrigens das Stattfinden dieses präparatorischen Verfahrens in öffentlicher Sitzung in Gegenwart sämmtlicher einberufenen Geschworenen nicht unbedingt gebilligt.

tribunalrath v. Sternenfels ausgearbeitet und als Manuscript gedruckt am 5. und 6. September in vier längeren Sitzungen ausführlich durchgesprochen. Herr Obertribunalprokurator Seeger, welcher verhindert war, hieran Theil zu nehmen, hat seine Bemerkungen schriftlich zur Kenntniß des Herrn Referenten gebracht.

Die Tendenz dieses Entwurfes, welcher in der Hauptsache an die hannover'sche und oldenburgische Advokatenordnung sich anschließt, geht dahin, dem Advokatenstande eine seiner hohen Aufgabe angemessenere und würdigere Stellung anzuweisen, als ihm bisher in Württemberg zustand, und daß der Entwurf dieses Ziel in liberaler Weise und ohne kleinliche Nebenrücksichten verfolgt, muß anerkannt werden. Allerdings wird es nicht gelingen, durch Advokatenordnungen allein dem Advokatenstande dieselbe hohe und einflußreiche Stellung zu verschaffen, welche er in England und Frankreich einnimmt. In Deutschland haben sich bis jetzt der Regel nach, abgesehen von dem Einfluß der politischen Laufbahn, die bedeutenderen Kräfte dem Staatsdienste zugewendet und bei der rechtlichen und sozialen Stellung, welche der Staatsdienst in Deutschland einnimmt, wird derselbe im Großen und Ganzen als über dem Anwaltstand stehend betrachtet werden, wie auch die Organisation des letzteren beschaffen seyn mag. Aber die erste Vorbedingung der allmähligen Gleichstellung des Advokaten- und Richterstandes bildet neben der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens unzweifelhaft eine zweckmäßige, auf die materielle Unabhängigkeit und die Ehre des Standes gerichtete Advokatenordnung. Sind diese Vorbedingungen gegeben, dann wird es möglich seyn, die Advokatur zur Vorstufe für die Staatsämter zu machen, wie dieß in England und Frankreich und theilweise in Rheinpreußen der Fall ist, und dann werden jene Anwaltsordnungen ihren Zweck im vollen Maß zu erreichen im Stande seyn. Immerhin sind sie als ein wesentlicher Fortschritt auf diesem Wege will-

kommen zu heißen, was auch bezüglich des vorliegenden Entwurfes von den erschienenen Anwälten anerkannt wurde.

Der Entwurf behandelt im ersten Abschnitte die allgemeinen Bestimmungen, im zweiten die Anwaltskammern, im dritten Abschnitt die Anwaltsgebühren. Die wichtigste Bestimmung des ersten Abschnitts ist die über die Aufnahme in die Advokatur. Der Entwurf unterscheidet zwischen Advokaten (Rechtsanwälten) und den bei den Obergerichten (d. h. bei den Kollegialgerichten überhaupt, sey es der ersten oder der höheren Instanz) fungirenden Obergerichtsanwälten, indem er bezüglich der Aufnahme ein gemischtes System nach dem Vorgang von Rheinpreußen, Hannover u. a. befolgt. Die Aufnahme in die Zahl der Rechtsanwälte wird Jedem gewährt, welcher den Nachweis des Besitzes des inländischen Staatsbürgerrechts und der Erstehung der zur Advokatur befähigenden Dienstprüfung erbringt, nicht Staatsdiener und im Besitz der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte ist. Obergerichtsanwalt, also befähigt, an jedem Obergericht (Kollegialgericht) des Landes die Parteien zu vertreten, ist jeder Rechtsanwalt, welcher binnen 5 Jahren, von Erlassung des Gesetzes an, an dem Sitze eines Obergerichtes sich niederläßt. Nach Ablauf der ersten 5 Jahre wird die Zahl der bei einem Obergericht zulässigen Anwälte von demselben bestimmt und die Aufnahme in diese Zahl erfolgt auf Vorschlag der Anwaltskammer durch das betreffende Obergericht.

Vor den Kollegialgerichten sind zur Vertretung der Parteien in bürgerlichen Streitsachen nur die hiezu ernannten Obergerichtsanwälte, ohne Beschränkung auf ein bestimmtes Obergericht, berechtigt. Uebrigens steht es den Parteien frei, sich neben den Obergerichtsanwälten des Rechtsbeistandes eines Rechtsanwaltes auch bei den mündlichen Verhandlungen vor dem Kollegialgericht zu bedienen. (Art. 5 des Entwurfes.) Diejenigen Advokaten,

welche nicht zugleich Obergerichtsanwälte sind, können hienach ebenso, wie die Obergerichtsanwälte in bürgerlichen Streitsachen vor den Einzelnrichtern die Parteien unbeschränkt vertreten, vor den Obergerichten nur in Verbindung mit einem Obergerichtsanwalte; zur Uebernahme von Vertheidigungen in Strafsachen und zur Vertretung der Parteien vor den Verwaltungsbehörden sind Advokaten und Obergerichtsanwälte gleich berechtigt. Gegen diese Vorschläge des Entwurfes wurde von einer Seite die unbedingte Freigebung auch der Obergerichtsanwaltschaft, von einer andern Seite die Beschränkung auch der Rechtsanwälte eines Gerichtsbezirks auf eine bestimmte von dem Gericht nach dem Bedürfniß zu bestimmende Zahl befürwortet. Während für die erstere Ansicht hauptsächlich hervorgehoben wurde, daß eine Beschränkung überhaupt nicht mehr mit den modernen Ansichten im gewerblichen Leben im Einklang stehe, eine Art gewerblichen Privilegiums mit allen seinen nachtheiligen Folgen erzeuge und namentlich die bisher unbeschränkt vorhandene, die richterliche Unabhängigkeit sichernde und insofern zugleich politisch wichtige Möglichkeit des Uebertritts aus dem Staatsdienst in die Advokatur in Frage stelle, wurde für die entgegengesetzte Ansicht geltend gemacht, daß die materielle Sicherstellung und eben damit die Hebung des Advokatenstandes durch eine allgemeine und durchgreifende Beschränkung der Advokatur wesentlich bedingt sey, während eine blos theilweise Beschränkung für diesen Zweck nicht ausreiche, einen mißlichen Standesunterschied innerhalb des Standes selbst schaffe und die Lage der Advokaten zu Gunsten der Obergerichtsanwälte verschlimmere. Gleichwohl wurde von keiner Seite verkannt, daß beide Systeme Gründe für und gegen sich haben, und da das in dem Entwurf angenommene gemischte System, durch welches ohnehin die erworbenen Rechte vollkommen gewahrt sind, die Nachtheile beider möglichst vermeidet und sich durch die dem Einzelnen gegebene Möglichkeit, seine

Lage durch den Eintritt in die Reihe der Obergerichtsanwälte nach einer gewissen Zeit fleißiger Pflichterfüllung zu verbessern, als besonders zweckmäßig empfiehlt, so hat sich die Mehrheit der anwesenden Anwälte für den Entwurf erklärt. Eine unbedingte Freigebung der Obergerichtsanwaltschaft würde nach den von Hannover gemachten Mittheilungen aus dem weiteren Grund nicht räthlich seyn, weil das öffentlich-mündliche Verfahren vor den Kollegialgerichten einen gewissen Grad von Befähigung, Reife und Erfahrung voraussetzt, für welchen in Zukunft allein auf dem Wege der relativen Beschränkung die nöthigen Garantien gewonnen werden können.

Was die politische Seite der Frage betrifft, so gingen von den gutächtlich vernommenen Rechtsanwälten diejenigen, welche sich für eine theilweise oder allgemeine Beschränkung der Advokatur aussprachen, davon aus, daß die Bedenken hiegegen im Wesentlichen hinwegfallen, wenn die Aufnahme in die Advokatur, soweit sie geschlossen ist, auf Vorschlag der Anwaltskammern durch die Gerichte erfolge.

Uebrigens erachtete die Mehrzahl für zweckmäßiger, wenn das Ernennungsrecht, anstatt durch die einzelnen Obergerichte, wie der Entwurf vorschlägt, durch das Obertribunal ausgeübt werde, und zwar theils, weil hiedurch mehr Garantie für eine gleichmäßige Behandlung gegeben sey, theils weil ein so wichtiges Recht von einer durch ihre Stellung möglichst unabhängigen Behörde ausgeübt werden soll, theils endlich, weil die Personalkenntniß der einzelnen Obergerichte sich immer nur auf einen kleinen Theil der Bewerber erstrecken werde.

Die im zweiten Abschnitt behandelten Anwaltskammern haben die Aufgabe, die Interessen der Rechtsanwälte zu befördern und zu vertreten und die mit ihrem Beruf verknüpften allgemeinen Angelegenheiten zu besorgen. Diese Einrichtung, welcher der Entwurf, zumal wenn die bei der Besprechung ausgesprochenen Wünsche

berücksichtigt werden, die liberalste Entwicklung gibt, wird von Seiten des Anwaltstandes in Württemberg mit Freuden begrüßt werden. Zunächst soll für Stuttgart und für jeden der 4 Kreise eine Anwaltskammer errichtet werden, welche je aus 7 Mitgliedern einschließlich des Präsidenten und seines Stellvertreters besteht und deren Mitglieder von den Advokaten des Kreises gewählt werden. Jede Anwaltskammer, welche als Disziplinarrath nur mit wenigstens 5 Mitgliedern, sonst mit 3 Mitgliedern beschlußfähig ist und in ihrer ersten Eigenschaft eine öffentliche Behörde bildet, ist dem Justizministerium untergeordnet und hat die Rechte einer juristischen Person. Ihre Kompetenz erstreckt sich auf die Wahrung der Interessen des Anwaltstandes im weitesten Sinn, auf Anträge bezüglich der Gesetzgebung, Gutachten hierüber, Vorschläge über Ernennung von Obergerichtsanwälten, Beiordnung von Armenanwälten und endlich auf die Untersuchung und Abrügung (disziplinarische Ahndung) eines die Pflichten oder die Würde des Standes beeinträchtigenden dienstlichen oder außerdienstlichen Benehmens eines Rechtsanwalts, wohin insbesondere anstoßerregendes unziemliches und unsittliches Betragen, Ungehorsam gegen die berechtigten Anordnungen der Anwaltskammer oder ihres Präsidenten, Beleidigung der Gegenpartei oder ihres Vertreters, absichtliche Entstellung der Wahrheit, Prävarikation u. s. f. gehört. Die Strafgewalt erstreckt sich auf Rüge und Verweis, Geldbuße bis zu 100 fl., Ausschluß vom Amt eines Kammermitglieds, Suspension und Ausstoßung aus der Reihe der Rechtsanwälte. Bei den schwereren Fällen ist durch die Nothwendigkeit der Verweisung durch eine Anklagekammer und Zulassung der Beschwerde an ein aus 3 Mitgliedern des Obertribunals und 3 Rechtsanwälten mit einem Präsidenten gebildetes sogenanntes Dienstgericht der nöthige rechtliche Schutz gegeben.

Eine lebhafte Diskussion rief die Stellung hervor, welche der Entwurf der Staatsanwaltschaft gegenüber den

Anwaltskammern einräumen will. Der Staatsanwaltschaft soll nach dem Entwurf von jeder Plenarversammlung unter Angabe des Gegenstands der Verhandlung zuvor Anzeige gemacht werden. Der Staatsanwalt soll zu allen Plenar- und Anwaltskammerversammlungen, mit der Befugniß, Erklärungen abzugeben und Anträge zu stellen, freien Zutritt haben. Die Staatsanwaltschaft vermittelt den Verkehr der Anwaltskammern mit den Behörden, entscheidet über die Bewilligung des Armenrechts in den bei den Kollegialgerichten anhängigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, erhebt nach den Vorschriften der (im Entwurf vorliegenden neuen) Strafprozeßordnung für leichtere Straffälle in Disziplinarsachen die Anklage und besorgt den Strafvollzug. Gegen diese im Wesentlichen der hannover'schen und oldenburg'schen Gesetzgebung folgenden Bestimmungen wurde von den berufenen Anwälten im Allgemeinen eingewendet, daß kein Bedürfniß vorliege, der Staatsanwaltschaft eine so vielfach eingreifende Thätigkeit einzuräumen, indem verschiedene der angeführten Funktionen theils von dem Präsidium der Anwaltskammer, theils von den Gerichten besorgt werden können. Nur in Beziehung auf die Verrichtungen des Anklägers in Disziplinarsachen sprach sich die Mehrzahl übereinstimmend mit dem Entwurfe dafür aus, daß es räthlicher sey, hiemit den Staatsanwalt des Kollegialgerichts zu beauftragen, als ein Mitglied der Anwaltskammer zum Ankläger seiner Berufgenossen zu machen. Namentlich wurde hervorgehoben, daß ein temporär aus der Mitte der Anwaltskammer bestellter Ankläger (Syndikus) nach seinem Rücktritt vom Amt dem von ihm verfolgten Kollegen, zumal dem freigesprochenen gegenüber, sich in einer mißlichen Lage befinden und daß es deßhalb schwer seyn würde, Anwälte zu finden, welche diesen Auftrag ohne Widerwillen übernehmen. Eine Minderheit war der Ansicht, daß, wenn auch die Erhebung einer Anklage im einzelnen Fall ein unerwünschter Auftrag für einen Kollegen seyn

könne, doch anerkannt werden müsse, daß dieß noch kein Grund sey, das autonome Leben der Anwaltskammern durch Einschieben des fremden Elements der Staatsanwaltschaft zu beschränken und zu verkümmern. Bei dieser Gelegenheit sprachen sich die Anwälte überhaupt gegen das Streben, der Staatsanwaltschaft eine dem französischen Recht nachgebildete Stellung, eine Art Oberaufsicht über das Justizwesen, die Rolle einer von dem Justizministerium geleiteten juristischen Vorsehung zuzuweisen, einstimmig und entschieden aus. Es ist zu hoffen, daß diese Ansichten nicht unberücksichtigt bleiben. *)

Bei dem hervorragenden Interesse, welchen der dritte Abschnitt über die Anwaltsgebühren in Anspruch nimmt, wird es angemessen seyn, die wesentlichen Bestimmungen des Entwurfs hierüber wörtlich mitzutheilen. Dieselben lauten:

Art. 60.

Der Betrag der Gebühren der Rechtsanwälte in streitigen Rechtssachen richtet sich in der Regel nach dem Werthe des Streitgegenstandes und zwar nach Maßgabe folgender Abstufungen:

die 1. Werthklasse	umfaßt	Sachen	von	0 bis	50 fl.	inkl.
„ 2. „	„	„	„	50 „	200 fl.	„
„ 3. „	„	„	„	200 „	500 fl.	„
„ 4. „	„	„	„	500 „	1000 fl.	„
„ 5. „	„	„	über	1000 fl.		

Art. 62.

Die Gebühren, welche die Rechtsanwälte anzurechnen befugt sind, sind folgende:

1) Arrha, in 1. Werthklasse	. . . . .	2 fl.	— kr.
„ 2. „	. . . . .	4 fl.	30 kr.
„ 3. „	. . . . .	6 fl.	— kr.
„ 4. „	. . . . .	9 fl.	— kr.
„ 5. „	bis 2000 fl.	12 fl.	— kr.

* Hiemit bin auch ich vollkommen einverstanden, und ich behalte mir vor, auf diese wichtige Frage später zurückzukommen. K.

Für jedes neu beginnende 1000 fl.	1 fl. — kr.	
mehr, im Ganzen aber nicht über	30 fl. — kr.	

2) Termingebühr:

a) Erster Gattung:

in 1. Werthklasse	1 fl. — kr.
„ 2. „	3 fl. — kr.
„ 3. „	4 fl. — kr.
„ 4. „	5 fl. — kr.
„ 5. „	6 fl. — kr.

b) Zweiter Gattung:

die Hälfte der ersten Gattung.

3) Für Schriften, ohne Rücksicht auf den Umfang:

a) Erster Gattung:

in 1. Werthklasse	1 fl. — kr.
„ 2. „	2 fl. — kr.
„ 3. „	3 fl. — kr.
„ 4. „	4 fl. — kr.
„ 5. „	5 fl. — kr.

b) Zweiter Gattung:

die Hälfte der ersten Gattung.

Art. 63.

Die Arrha gilt als Belohnung für alle Bemühungen behufs der Information, für mündliche Besprechungen mit dem Klienten, für Korrespondenzen mit demselben oder Anderen, für die Vollmacht, für Einsicht von Vor- und Hilfsakten, Urkunden und Rechnungsbüchern und für Ausziehen derselben, für die Führung der Handakten, Abfassung der Deservitenrechnungen, überhaupt für alle Geschäfte, für welche keine besondere Gebühr bestimmt ist.

Art. 64.

Die Arrha kann angerechnet werden, sobald ein contradiktorisches Verfahren stattgefunden hat, sey es, daß der Streit durch Erkenntniß, Verzicht oder Stattgeben seine Erledigung findet.

Findet nur ein nicht-contradiktorisches Verfahren im

Kontumazialwege oder wegen Zugeständnisses statt, so kommt nur die Hälfte der in Art. 62 Nr. 1) festgesetzten Gebühr in Anrechnung.

Kommt es in der Hauptsache in Folge einer Beweisaufforderung zum Beweise durch Zeugen, Sachverständige, Augenschein oder Urkunden, so erhöht sich die Arrha um die Hälfte.

Art. 73.

In weitläufigen oder verwickelten und verdunkelten Sachen wird dem Anwalte, wenn die taxmäßigen Gebühren als eine genügende Vergütung für den Aufwand an Zeit und Arbeit nicht erscheinen, eine dem entsprechende höhere Gebühr für die Information und für die mündliche Hauptverhandlung in Ansatz zu bringen gestattet. Er muß die erstere jedoch bei dem Gericht in der auf die Information folgenden ersten schriftlichen Eingabe, die letztere am Schlusse des Termins zur mündlichen Schlußverhandlung besonders rechtfertigen, und darf sie nur soweit in Rechnung bringen, als das Gericht sie ihm ausdrücklich zugebilligt hat.

Art. 87.

Bei Reisen darf als Ersatz für Fahrgebühr, insofern der Antritt der Reise ohne Nachtheil für den Reisezweck dem Fahrtenplane angepaßt werden kann, gerechnet werden:

1) auf Strecken, auf welchen Eisenbahnen bestehen, die doppelte Taxe für eine Person in 2. Wagenklasse;

2) wo solche fehlen, jedoch Dampfboote vorhanden sind, die doppelte Taxe für einen Platz der 1. Klasse (Salon);

3) wo weder die einen noch die andern, dagegen Eilposten stattfinden, die doppelte Eilposttaxe.

Die unter Nr. 1—3 bemerkten Taxen begreifen auch sämmtliche Nebenausgaben, z. B. für Gepäcktransport, Trägerlohn, Benützung von Gefährten von und zu den Bahnhöfen, Dampfschiffen und Posten u. s. w., in sich.

Art. 88.

Soweit die Benützung der unter Nr. 1—3 des vorhergehenden Artikels erwähnten Fahrgelegenheiten nicht möglich ist, darf für jede Poststation der doppelte Betrag der Extraposttaxe für zwei Pferde einschließlich aller Nebenausgaben angerechnet werden.

Die Hin- und Herreise wird hiebei jede für sich berechnet.

Bei Reisen über 4 Stunden findet für die keine volle Post ausmachenden einzelnen Stunden der obige Ansatz nach dem Zahlenverhältnisse statt.

Für Reisen unter 4 Stunden hingegen werden auf eine Entfernung von weniger als 4 und mehr als 2 Stunden $^3/_4$, und von 2 Stunden oder weniger, bis $^1/_2$ Stunde, wird die Hälfte der Extraposttaxe gerechnet. Für eine Entfernung von weniger als $^1/_2$ Stunde findet keine solche Anrechnung statt.

Art. 89.

Für die Zeitversäumniß auf Reisen haben die Rechtsanwälte ein Taggeld anzusprechen, welches für einen ganzen Tag 5 fl. und für einen halben Tag 3 fl. beträgt.

Art. 92.

Die Rechtsanwälte sind da, wo Eilposten zu benützen sind, im Interesse der Parteien verpflichtet, sich deren nach Umständen auch zur Nachtzeit zu bedienen. Ueber Anrechnung von Taggeld und Diäten in einem solchen Fall ist der Gemeinbescheid vom 17. Juli 1857 (Regierungsblatt S. 87 ff.) maßgebend.

Art. 93.

Als Vergütung der Mehrkosten über den gewöhnlichen Aufwand am Wohnorte darf bei Reisen für einen vollen Tag eine Diät von 3 fl. angerechnet werden.

Für einzelne Stunden über einen oder mehrere volle Tage werden jene verhältnißmäßig berechnet.

Dauert die Abwesenheit überhaupt weniger als 24 Stunden, so gelten 8 Stunden oder mehr für einen vollen,

und weniger als 8 Stunden, jedoch mehr als 2 Stunden, für einen halben Tag; für 2 Stunden oder weniger findet keine Diätenanrechnung statt.

Was zunächst das Prinzip dieser neuen Gebührenordnung betrifft, so wurde nicht verkannt, daß dasselbe manche Bedenken gegen sich hat. Im Allgemeinen sollte die Belohnung einfach der wirklichen Thätigkeit angemessen seyn, ein Rechtsstreit über ein geringes Streitobjekt kann aber eben so viel, oft auch mehr Zeitaufwand und Arbeitskraft in Anspruch nehmen, als ein Streit über eine große Summe. Gleichwohl hat es etwas dem natürlichen Sinn Widerstrebendes, daß die Größe der Kosten eines Prozesses von der Größe des Streitwerths schlechtweg unberührt bleiben soll, daß also ein Bagatellprozeß ebenso große Kosten soll veranlassen können, als ein Rechtsstreit über einen Werth von Tausenden. Einzelne Anwaltsordnungen haben deßhalb das System von Aversaltaxen (Pauschsätzen) angenommen, wobei die gesammte Thätigkeit des Anwalts beinahe ausschließlich nach der Größe des Streitobjekts belohnt wird. Die Anwälte von Baden haben sich im Jahr 1847 entschieden gegen dieses System ausgesprochen und dasselbe als ungerecht, unbillig und verderblich für die Rechtsuchenden sowohl als für die Advokaten bezeichnet. — Jedes dieser Systeme, einseitig festgehalten, ja überhaupt jede Taxordnung für geistige Arbeiten hat ihre Nachtheile.

Der vorliegende Entwurf sucht auch hier eine Vermittlung, indem er die Anwaltsgebühren nach dem Werthe des Streitgegenstands einerseits und andererseits nach dem Maaß der Thätigkeit und ihrer Bedeutung in verschiedenen Abstufungen regelt, wobei eine weitere Ausgleichung vorkommender Mißverhältnisse zwischen der Taxe und der wirklich geleisteten Arbeit theils durch die Bestimmung des Art. 73, theils durch die Zulassung besonderer Vereinbarungen über die anzuwendende Werthsklasse in Aus-

sicht genommen ist. — Man kann nicht in Abrede ziehen, daß das Festhalten des bisherigen Prinzips der Gebührenberechnung nach der gelieferten Arbeit ohne Rücksicht auf den Streitwerth nach Einführung des öffentlich mündlichen Verfahrens, durch welches überhaupt die neue Anwaltsordnung bedingt ist, kaum möglich, jedenfalls nicht räthlich ist. Die Thätigkeit des Anwalts im einzelnen Fall bietet nach diesem Verfahren keine solchen objektiven Anhaltspunkte mehr, wie nach dem bisherigen vorzüglich schriftlichen Verfahren. Sie liegt vornemlich in der Sammlung der Materialien und der Vorbereitung auf die mündlichen Verhandlungen, über welche diese selbst nur sehr unbestimmte Anhaltspunkte liefern. Wenn man hiernach auch die Grundsätze des Entwurfs im Allgemeinen als richtig anerkennt, so ist doch für die Frage, wie hoch die Ansätze im Einzelnen bemessen werden sollen, noch ein sehr weiter Spielraum offen. Der Entwurf geht, wie in den Motiven bemerkt ist, von der Absicht aus, den Verdienst der Rechtsanwälte im Vergleich zu den bestehenden Verhältnissen zu verbessern. Die Motive bemerken ferner, daß die Taxe des Entwurfs mit der hannover'schen Taxe ungefähr auf gleicher Höhe stehe und die preußische namhaft übersteige. Sodann ist es eine selbstverständliche Voraussetzung des Entwurfs, daß dessen Taxe nicht für einen halbbeschäftigten, sondern für einen vollbeschäftigten Anwalt berechnet ist, welcher so viele Aufträge hat, als er bei dem mündlichen Verfahren ohne übermäßige Anstrengung zu bewältigen vermag.

Wie sich bei der Besprechung mit den berufenen Anwälten ergeben hat, ist es allerdings sehr schwer, ohne ganz genaue, zur Zeit noch fehlende statistische Notizen sich ein sicheres Urtheil über die Wirkung der im Entwurf vorgeschlagenen Taxe auf die Einkommensverhältnisse des württembergischen Anwaltstandes zu bilden, und diese Unsicherheit muß daher zu besonderer Vorsicht in der Feststellung des Regulativs auffordern. Die übereinstimmende Ansicht

der einberufenen Anwälte ging jedoch dahin, daß der württembergische Anwaltstand vermöge der besonderen in Württemberg bestehenden Verhältnisse, bei der großen Theilung des Besitzes, nach dem projektirten, in den niedern Werthsklassen gegenüber von andern Tarifen sogar erhöhten Tarif in seiner materiellen Stellung verlieren und da dieselbe schon jetzt keineswegs glänzend ist, gefährdet würde. Die Anzahl der Rechtsstreitigkeiten mit einem Streitwerth über 500 fl. ist, abgesehen von den Städten, zumal nach Beseitigung der Feudallasten und einer Reihe hiemit zusammenhängender, früher Gerichte und Anwälte in steter Thätigkeit erhaltender Rechtsverhältnisse von größerem Belang, so klein, daß die Ausgleichung des Ausfalls an Verdienst bei den geringeren Werthklassen durch eine Mehreinnahme aus den höheren Werthklassen nur bei dem kleineren Theil der Anwälte wirken wird. Auch der Vortheil, mehr Aufträge als bisher übernehmen zu können, wird nur bei einer kleinen Zahl von Anwälten von Einfluß seyn, weil die Mehrzahl derselben schon jetzt nicht in der Lage war, wegen Mangels an Zeit Aufträge abzuweisen und weil eine in andern Staaten den Anwälten offenstehende Einnahmequelle, die Besorgung von liquiden Schuldklagen, von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Fertigung von Testamenten, Verträgen, Verpfändungen, Inventuren, Theilungen, in Württemberg nur in seltenen Fällen dem Anwaltstand eröffnet ist. Einige konkrete Zahlen werden dieß beweisen. Um 2000 fl. zu verdienen, müßte nach dem vorgeschlagenen Tarif ein Anwalt 50 Prozesse über 200 fl. je in 4 Terminen zur Erledigung bringen. Daß er nach Zeit und Arbeitskraft weit mehr Fälle in Einem Jahr erledigen kann, ist selbstverständlich. Ob er aber, abgesehen von größeren Städten, in welchen sich die Praxis wiederum auf eine sehr große Anzahl von Anwälten vertheilt, auch bei aller Tüchtigkeit hiezu Gelegenheit hat, ist eine andere Frage. Kaum die Hälfte der Prozesse wird den Streitwerth von 200 fl. in Württemberg über-

steigen, die andere Hälfte wird im Durchschnitt unter 200 fl. sich in die erste und zweite Werthsklasse vertheilen, wornach ein Anwalt in Einem Jahr mit 100 in je 4 Terminen durch Erkenntniß erledigten Prozessen, wohl ein seltener Fall, höchstens circa 3000 fl. verdienen könnte.[1] Bedenkt man aber, daß mit dem mündlichen Verfahren eine starke Abnützung der Kräfte verbunden ist, daß erfahrungsgemäß diese anstrengende Thätigkeit nur im besten Alter möglich ist, daß mancher Verdienst wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gestrichen oder aus Mitleiden und anderen Rücksichten nachgelassen werden muß, so ist selbst unter Zugrundlegung dieser wohl zu günstigen Annahmen noch immer die materielle Existenz eines Württembergischen Anwalts nach der neuen Taxordnung nicht als gesichert zu betrachten. Die berufenen Anwälte sprachen sich daher einstimmig für die Nothwendigkeit einer Erhöhung des Regulativs aus. Hiebei wurde bezüglich der niederen Werthsklassen namentlich von einer Seite geltend gemacht, daß, wenn

---

[1] Wenn Beschorner in Schletter's Jahrbüchern Bd. 2, S. 36 bemerkt, daß die (niederere) preußische Taxordnung „sicherem Vernehmen nach als zu hoch erscheine und daß viele Advokaten, um ihren Clienten nicht unverhältnißmäßig viel abzufordern, noch unter der Taxe liquidiren", so mag dieß wohl nur bei liquiden Schuldklagsachen vorkommen, bei welchen durch die Werthstaxen nicht selten für die unbedeutendste, keine Vorbereitung erfordernde Thätigkeit enorme Summen sich ergeben. Hiedurch gleicht sich auch eine unzureichende Taxe in streitigen Rechtsfällen wieder aus, was aber für Württemberg nur in geringem Maße zutreffen wird, weil für liquide Schuldsachen in der Regel kein Anwalt angerufen wird. Daß die Ansicht von Beschorner wenigstens nicht allgemein ist, ergibt sich aus Schilderungen in der preußischen Gerichtszeitung über die Lage des preußischen Advokatenstandes, und wenn auch die deutsche Gerichtszeitung vom 9. März 1862 diese Schilderungen als in zu düstern Farben gehalten bezeichnet, so sagt doch auch diese Mittheilung nicht mehr, als daß „bei der beschränkten Zahl der Anwalts- und Notarstellen in Preußen von den Mitgliedern dieses Standes in der Regel drückende Nahrungssorgen fern bleiben."

auch die Gebühren für die Schriftsätze nicht erhöht werden wollten, weil der Schwerpunkt des neuen Verfahrens in die mündliche Verhandlung zu legen sey und gerade bei unbedeutenderen Streitsachen große Schriftsätze keine Begünstigung finden sollten, doch unbedenklich die Gebühr für die Arrha erhöht und die Gebühr für die Termine nach der darauf verwendeten Zeit unter Anwendung der bisherigen Taxe für den ganzen nnd halben Tag bemessen werden könnte. Von anderer Seite wurde auch die Erhöhung der Schriftsatzgebühr über die Ansätze des Entwurfs befürwortet. Welchen Erfolg diese Wünsche haben, ist zu erwarten. Jedenfalls wäre es von Interesse, wenn sich die verehrten Kollegen bemühen würden, statistische Notizen zur Beurtheilung dieser Frage zu sammeln und zu veröffentlichen. Zur Erleichterung der Berechnungen folgt am Schlusse dieser Mittheilung eine von Herrn Obertribunalrath v. Sternenfels dem Entwurf beigefügte Zusammenstellung der gegenwärtigen, der preußischen, der oldenburgischen Taxe und der Taxe des Entwurfs.

Am Schluß der Verhandlungen wurden von den anwesenden Anwälten noch zwei Wünsche ausgesprochen, mit welchen alle Anwälte Württemberg's einverstanden seyn werden,

1) es möchte den öffentlichen Rechtsanwälten, insoweit nicht zur Zeit in der bestehenden Gesetzgebung ein Hinderniß liegt,[2] die Einsicht der öffentlichen, namentlich der Gerichtsakten in ihrer Wohnung vorbehältlich der Exklusion des Einzelnen im Fall des Mißbrauchs gestattet, und

2) es möchte die Anwendung der Bittschriftenordnung

---

[2] Vergleiche die Bestimmungen der Strafprozeßordnung vom 22. Januar 1843, Art. 257, Z. 1, Art. 269, 381, 400 und 403, Art. 43 und 45 des Gesetzes vom 13. August 1849, Art. 8 und 32 der Königlichen Verordnung vom 25. Juli 1848, betreffend ein mündliches und öffentliches Anklageverfahren in Prozeßsachen, Art. 26, 100, 198 des Schwurgerichtsgesetzes vom 14. August 1849.

vom 30. März 1834 für die öffentlichen Rechtsanwälte beseitigt werden.

Je entfernter die wirkliche Einführung einer neuen Anwaltsordnung zur Zeit noch seyn möchte, um so dringender ist zu wünschen, daß die offenbar ungerechtfertigte Belästigung des Anwaltstandes in diesen zwei Punkten, bei deren letzterem auch der K. Geheimerath neuerdings wieder eine strengere Behandlung beliebt hat, ohne Verzug im Wege der Verordnung beseitigt werde. Bei den wohlwollenden Gesinnungen des K. Justizministeriums, welche sich auch bei jenen Verhandlungen in anerkennenswerther Weise kundgegeben haben, wird es wohl gestattet seyn, eine Abhilfe dieser Beschwerden in nicht allzuferner Zeit zu hoffen.[3]

---

[3] In Betreff des ersten dieser Wünsche ist, während diese Mittheilung sich im Druck befand, eine demselben entsprechende Verfügung des K. Obertribunals vom 13. Januar 1863 und mit Beziehung auf diese eine Verfügung des K. Justizministerium vom 22. Januar 1863 in Betreff der Mittheilung von Akten in Strafsachen ergangen. Nach dem Gemeinbescheid des Civilsenats des K. Obertribunals (Württemb. Regierungsblatt 1863, Nr. 1 vom 28. Januar, S. 3) sind in Civilsachen der Regel nach die Gerichtsakten dem Anwalt auf sein Verlangen in seine Wohnung gegen eine Empfangsbescheinigung mitzutheilen, nachdem dieselben geheftet oder numerirt sind, wobei die Kosten des letztern Geschäfts bei umfangreichen Hilfsakten von der Partei zu tragen sind. Nur wenn die Persönlichkeit des Anwalts keine genügende Garantie für die unversehrte Erhaltung der Akten gewährt, kann die Ausfolge verweigert werden. Auch sollen „wichtige Originalurkunden, sowie andere Aktenstücke, an deren unversehrter Erhaltung besonders viel gelegen ist, desgleichen Akten, welche dem Gerichte unter der Bedingung, daß sie nicht aus dessen Verwahrung kommen, anvertraut sind", nur auf der Gerichtskanzlei zur Einsicht gestellt werden. Diese Ausnahmen sind allerdings sehr dehnbar und so könnte bei einer strengen Auslegung auch nach diesem Gemeinbescheid wieder der eigenthümliche Fall eintreten, welcher dem Verfasser dieser Mittheilung und wohl auch andern Anwälten begegnet ist, daß Aktenstücke, an deren unversehrter Erhaltung sehr viel gelegen seyn mag, nachdem sie vielleicht Jahrelang unversehrt bei dem Anwalt aufbewahrt waren, mit dem Augenblick, in welchem sie dem Gericht übergeben wurden, für

diesen eine so fremde Sache werden, daß sie ihm nicht mehr zur Einsicht in seine Wohnung verabfolgt werden. Dieß wird wohl keinesfalls im Sinn jenes Gemeinbescheids liegen, vielmehr im Allgemeinen vorauszusetzen seyn, daß die von einem Anwalt produzirten Urkunden der Regel nach diesem selbst auch jeder Zeit wieder zur Einsicht in seine Wohnung ausgefolgt werden. — Bezüglich der Einsicht der Akten in Strafsachen bestimmt die Verfügung des Königl. Justizministeriums (Regierungsblatt a. a. O.), daß, wo die Bestimmungen der Strafprozeßordnung vom 22. Juni 1843 zur Anwendung kommen, zu den Gründen, aus welchen die Einsichtnahme der Akten außerhalb der Gerichtskanzlei wegen besonderer Umstände ausnahmsweise gewährt werden kann, auch der Mangel eines für ungestörte Akteneinsicht passenden Gerichtslokals vorbehältlich der von dem Gesetz selbst vorgeschriebenen (Art. 275, Z. 1 der Strafprozeßordnung) und der sonst nach der Natur der Sache auch für die Aktenmittheilung in Civilsachen nach dem erwähnten Gemeinbescheid gebotenen Sicherheitsmaßregeln und Beschränkungen zu zählen ist. Hiemit ist das Königl. Justizministerium den Anwälten in der Berücksichtigung ihrer Wünsche bezüglich der Aktenausfolge jedenfalls so weit entgegengekommen, als dieß Angesichts der oben im Contexte angeführten gesetzlichen Bestimmungen, auf welche die Verfügung im Uebrigen verweist, im Verordnungswege geschehen konnte.

Nach bisherigem Tarif.

Uebernahme, erstes Gehör . . . .
Vollmacht . . . .
Klagschrift 2 Bogen . . . .
Replik 3 Bogen . . . .
Mündliche Verhandlung . . . . .
Beweismittel-Anzeige 1½ Bogen . .
Erklärung auf die gegnerische Beweismitte
Anzeige . . . .
Beweisaufnahme-Verhandlungen . .
2 weitere Verhandlungen . . . .
2 weitere Schriftsätze . . . . . .
Rechtsausführung . . . .
für Audienzen . . . .
für Schreiben 2c. . . . .

Nach Preußischem Tarif, Ges. v. 12

	bei 50 fl.		bei 200 fl.		bei 500 fl.		bei 1
Tarif §.3.							
Bagatel-	Thlr.	Sgr.	Thlr.	Sgr.	Thlr.	Sgr.	Thl
Sachen	2.	27.	—	—	—	—	—
Tarif §.4.							
A.	—	—	3.	12½.	6.	5.	9.
B.	—	—	1.	21¼.	3.	2½.	4.
C.	—	—	1.	21¼.	3.	2½.	4.
	2.	27.	6.	25.	12.	10.	19.
	oder		oder		oder		
	5 fl. 4 kr.		11 fl. 57 kr.		21 fl. 35 kr.		33

Nach bisherigem Tarif.

Uebernahme, erstes Gehör . . 1 fl.

Inhalt.

I. Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

II. Fragmente.

III. Miscellen.

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Ist zur Entscheidung über den Ersatz der in Strafsachen — dem Beschädigten oder dem Angeklagten durch die freiwillige Beiziehung eines Rechtsanwalts — erwachsenen Kosten der Straf- oder der Civilrichter zuständig?

(Mitgetheilt von Herrn Gerichtsaktuar Bonhöffer in Neresheim).

Ueber diese Frage haben der Kriminal- und Civilsenat des Gerichtshofs in Ellwangen in 2 Fällen entgegengesetzte Entscheidungen getroffen, die in folgendem mitgetheilt werden.

I. In der Preßprozeßsache gegen A. B. von M. und Gen. hatte das Oberamtsgericht N. die Angeklagten durch Erkenntniß vom 1. Dezember 1859 freigesprochen und die Kläger Schultheiß M. und Gen. zur Bezahlung sämmtlicher Prozeßkosten verurtheilt, und in einer späteren Erläuterung dieses Urtheils ausgesprochen, daß unter den Prozeßkosten auch die Kosten der freiwilligen Vertheidigung der Angeklagten verstanden seyen. — Auf erhobene Beschwerde wurde von dem Kriminalsenate unter dem 2. Mai 1860 folgendes verfügt:

„In Betracht, daß unter Prozeßkosten in Strafsachen „Gerichtskosten" (cfr. Art. 19 des Gesetzes vom 13. August 1849) nur solche Kosten des Verfahrens zu verstehen sind, welche, wenn und soweit eine Verurtheilung in die Prozeßkosten nicht erfolgt, oder der zum Ersatz derselben verpflichtete Theil sie nicht zu erstatten vermag, der Staatskasse zur Last fallen, (Art. 446 d. St.-P.-O.) wozu insbesondere die durch freiwillige Vertheidigung

entstandenen Kosten (Art. 253, 441 d. St.-P.-O.) nicht gehören; — daß auch kein zureichender Grund vorliegt, um annehmen zu können, daß in dem (nach Art. 45 des Gesetzes vom 13. August 1849) auf Preßprozeßsachen, welche unzweifelhaft auch Strafsachen sind, anzuwendenden Art. 22 der Verordnung vom 25. Juli 1848 mit dem Ausdruck Prozeßkosten ein weitergehender Sinn als in der Strafprozeßordnung verbunden werden wollte; — in Erwägung ferner, daß nach Art. 8 der St.-P.-O. die Gerichte nicht befugt sind, in Strafsachen über solche durch die Untersuchung veranlaßte Kosten, welche nicht unter den gesetzlichen Begriff von Prozeßkosten fallen, zu erkennen; so hat das Oberamtsgericht indem es durch sein Straferkenntniß vom 1. Dezember v. J. — der von ihm selbst erklärten Auslegung desselben zu Folge — die Kläger in weitere Kosten, insbesondere in die Kosten der freiwilligen Vertheidigung der Angeschuldigten verfällte, seine Zuständigkeit als Strafgericht überschritten. — Man hat daher auf die von den Klägern erhobene Nichtigkeitsklage in Gemäßheit der Art. 34 und 389 d. Straf-Proz.-O. beschlossen, das Erkenntniß des Oberamtsgerichts insoweit hiedurch die Kläger in Kosten, welche nach dem Obigen nicht als Prozeßkosten im Sinne des Gesetzes angesehen werden können, verfällt wurden — unter Uebernahme der hiedurch etwa veranlaßten Kosten auf die Staatskasse aufzuheben; wogegen den Beklagten überlassen bleibt, ihre etwaigen Ansprüche auf den Ersatz der fraglichen Kosten im Civilrechtswege geltend zu machen."

II. Die Gemeinderäthe M. und N. von G. hatten gegen den Schultheißen G. von da wegen Ehrenkränkung und anderer Vergehen zuerst bei den Administrativbehörden und sodann bei dem Oberamtsgericht N. Klage erhoben und betrieben dieselbe durch einen Rechtsanwalt. G. wurde durch Erkenntniß des Oberamtsgerichts v. 9. Nov. 1861 wegen erschwerter Ehrenkränkung neben Verfällung

in die Kosten der Untersuchung zu einer Geldbuße von 15 fl. verurtheilt. — Die Kläger versuchten anfänglich die Kosten, die ihnen durch Aufstellung eines Anwalts und verschiedene Reisen behufs der Betreibung ihrer Klage erwachsen waren, im Betrag von 66 fl. 10 kr. als Untersuchungskosten, worüber durch das oberamtsgerichtliche Erkenntniß entschieden worden war, geltend zu machen, wurden jedoch von dem Oberamtsgericht N. mit diesem Antrag zurückgewiesen, weil diese Kosten nicht zu den Untersuchungskosten gehören. Hierauf wurde von den Klägern eine Civilklage auf Ersatz dieser Kosten gegen den Schultheißen G. eingereicht, dieselbe jedoch durch Erkenntniß des Oberamtsgericht N. vom 25. Juni 1862 aus dem materiellen Grunde abgewiesen, weil es der Hilfe eines Rechtsanwaltes zur Erhebung und Betreibung der fraglichen Strafklage nicht bedurft habe, und die hiedurch erwachsenen Kosten daher unnöthig aufgewendet worden seyen, dem Beklagten daher auch deren Ersatz nicht aufgebürdet werden könne. Dieses Erkenntniß wurde von dem Civilsenat in Ellwangen unter dem 15. September 1862 wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte aufgehoben und zur Begründung hiefür in dem Erlaß folgendes gesagt:

„Nachdem der Beklagte auf die von den Klägern erhobene Strafklage durch rechtskräftiges Erkenntniß des Oberamtsgerichts vom 9. November 1861 zu einer Geldbuße und in die Untersuchungskosten verurtheilt worden ist, fordern die Kläger auf dem Civilrechtsweg Ersatz des Aufwandes, welchen sie für Betreibung dieses Strafverfahrens mit Zuziehung eines Rechtsbeistandes gemacht haben. Allein wie das Strafverfahren selbst, so gehören auch die durch dasselbe veranlaßten Kosten nicht der Sphäre des Privatrechts an.

Bei einer Strafsache erstreckt sich die Entscheidung zugleich auf die Prozeßkosten, (St.-P.-O. Art. 8, Nr. 1, Art. 441 ff.) der Strafrichter hat somit darüber zu entscheiden, wem die aufgelaufenen Kosten zur Last fallen

und den Betrag derselben festzusetzen; er allein ist auch in der Lage, zu beurtheilen, welche Kosten durch die Untersuchung veranlaßt, oder von einem Dritten verschuldet sind. Wird von dem Strafrichter der Ersatz derartiger Kosten nicht verfügt, so ist es unstatthaft, sie noch auf den Civilrechtsweg zn bringen. Die privatrechtlichen Ansprüche auf Schadensersatz, welche außer der Klage auf öffentliche Bestrafung oder Privatgenugthuung zulässig sind, (Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen vom 5. September 1859 Art. 18. vgl. St.-P.-O. Art. 8 Nr. 2) heben eine durch die Ehrverletzung unmittelbar bewirkte Vermögensbeeinträchtigung zum Gegenstand (vgl. das angef. G. vom 5. Spt. 1839, Art. 33, Abs. 2) während die eingeklagten Kosten nur in Folge des von den Klägern beantragten Strafverfahrens entstehen konnten.

Man will daher das über die bezeichnete Ersatzforderung gefällte Erkenntniß des Oberamtsgerichts vom 25. Juni d. J. sammt dem Sportelansatz wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte aufgehoben haben."

---

2) Bemerkungen zu vorstehenden Entscheidungen.

(Von Herrn Oberjustizrath Beyerle in Stuttgart.)

Die Entscheidung des Civilsenats des K. Gerichtshofs in Ellwangen ist wohl schwer zu rechtfertigen, während die von dem Kriminalsenat des K. Gerichtshofs gegebene Entscheidung mindestens zweifelhaft erscheint. Allerdings — der oberste Satz, von welchem beide Senate ausgehen, daß nemlich zum Erkenntniß über die Kosten eines Strafprozesses die **Straf**gerichte und zwar **ausschließlich** zuständig seyen, läßt sich nicht beanstanden und ist auch von den beiden Senaten des obersten Gerichtshofs anerkannt.

In einem gutächtlichen Bericht vom 13. Juni 1854 über die Frage:

welche Grundsätze rücksichtlich der Zuscheidung der Prozeßkosten in dem Falle in Anwendung zu bringen seyen, wenn ein vor einen Schwurgerichtshof verwiesener Angeklagter vor erfolgter schwurgerichtlicher Entscheidung mit Tod abgeht —

wurde zunächst von dem Kriminalsenat des Königl. Obertribunals dahin sich entschieden, daß durch den Strafrichter eine Verpflichtung des Nachlasses des verstorbenen Angeklagten zur Tragung der Untersuchungskosten niemals ausgesprochen werden könne, und die Staatskasse, welche immer eintreten müsse, wenn die Kriminalprozeßkosten sonst Niemand zugeschieden werden können, in dem bezeichneten Falle in das Mittel zu treten habe. (Der Kriminalsenat hatte schon früher, Beschluß vom 13. Mai 1851, aus dem Art. 181 des Schwur-Ger.-Gesetzes die Folgerung gezogen, daß die Kosten einer wegen eines vor die Schwurgerichtshöfe gehörigen Verbrechens geführten Voruntersuchung, wenn solche eingestellt wird, stets der Staatskasse zur Last fallen, und dieser Grundsatz wurde nun auch noch für den weitern Verlauf des Verfahrens, insolange noch keine schwurgerichtliche Entscheidung erfolgt wäre, anwendbar gefunden.)

Am 27. Juli 1854 hat sodann der Civilsenat des K. Obertribunals die Frage, ob die Staatskasse etwa im Civilrechtsweg, — durch eine gegen die Erben des verstorbenen Angeklagten zu erhebende Klage — zum Ersatz jener Kosten gelangen könne, verneinend beantwortet. Aus der Motivirung sind als hierher bezüglich folgende Sätze auszuheben: „Die Einleitung einer strafgerichtlichen Untersuchung gehört unzweifelhaft dem öffentlichen Rechte an und der Staat ist es, in dessen Namen aus öffentlich-rechtlichen Gründen die Untersuchung gegen den Verdächtigen eingeleitet wird, — einzelne gesetzlich be-

stimmte Ausnahmen abgerechnet, in welchen die Untersuchung und Strafe eines Verbrechens von der Klage des beschädigten Privaten abhängig gemacht ist. Die Einleitung und Weiterführung einer Untersuchung bis zu deren Erledigung ist dem Strafrichter allein zugewiesen und es hat dieser, auch nach der ausdrücklichen Bestimmung der Straf-Proz.-O., zugleich über den Kostenpunkt, ja sogar nach Umständen auch über die privatrechtlichen Ansprüche zu erkennen. Daß in irgend einem Falle dem Civilrichter eine Entscheidung in einer Untersuchungssache hinsichtlich eines die Untersuchung selbst betreffenden Theils derselben und besonders hinsichtlich der Untersuchungskosten, welche als ein Nebenpunkt mit der Hauptsache der Untersuchung über die strafbare Handlung des Beschuldigten in Verbindung stehen, zugewiesen oder überlassen seyn solle, hiefür liegt nicht nur keine gesetzliche Bestimmung vor, durch welche der angeführte gesetzlich anerkannte Grundsatz der Zuständigkeit des Kriminalrichters, auch nur etwa ausnahmsweise für gewisse Fälle, abgeändert wäre, sondern es folgt dieser Grundsatz von selbst auch aus der öffentlich-rechtlichen Natur einer strafgerichtlichen Untersuchung und aus der Abscheidung der Wirksamkeit der Strafgerichts- und der Civilgerichtsbehörden, und wenn der Kriminalrichter selbst in den Art. 441—445 der Straf-Proz.-O. für die Beurtheilung der Frage, wem die Kosten einer Untersuchung zuzuscheiden seyen, zum Theil auf civilrechtliche Grundsätze über Verschuldung hingewiesen ist, so kann dieß an der ausschließlichen Zuständigkeit des Kriminalrichters, hierüber Entscheidung zu geben, so wenig etwas ändern, als ja diese Grundsätze und Normen gerade dem Strafrichter zur Vollführung seines Amtes vorgeschrieben sind, wie denn ja auch die öffentlich-rechtliche Natur der Untersuchungskosten ebenfalls wieder in den Bestimmungen des Art. 446 der Straf-Proz.-O. unverkennbar hervortritt." ... (An diese Ausführung schließt sich noch der

Nachweis an, daß durch das Schwurgerichtsgesetz eine Abänderung jener Grundsätze nicht eingetreten sey.)

Hienächst hat der Kriminalsenat des K. Ober-Trib. in einem Beschluß vom 7.—13. März 1856, betreffend die Zuständigkeit der Dienstaufsichtsbehörde zur Entscheidung über Entschädigungsansprüche gegen Beamte in Fällen, welche in der Strafrechtspflege vorkommen können, Folges bemerkt:

„Ueber Kriminalprozeßkosten darf lediglich der Strafrichter erkennen . . Denn indem, was die gewöhnlichen Kriminalfälle angeht, im Art. 8 der Straf-Proz.-O. (vgl. Art. 354, 81, 261, 408, 454) die Criminalgerichte für zuständig zur Entscheidung über die Prozeßkosten erklärt werden, wurde zugleich die Inkompetenz anderer Behörden hiefür ausgesprochen. Der enge Zusammenhang, in welchem die Entscheidung im Kostenpunkt mit dem Gang und dem Ergebniß der Untersuchung selbst steht, und die Wichtigkeit jener Entscheidung, namentlich in pekuniärer Beziehung, mußte es als nothwendig erscheinen lassen, die vermöge der öffentlich-rechtlichen Natur ihres Gegenstandes an sich der Administrativ-Justiz angehörige Entscheidung über die Kosten eines Kriminalprozesses den unabhängigen Gerichten anzuvertrauen und mit der Entscheidung in der Hauptsache zu verbinden, wodurch die Garantieen des Kriminalverfahrens auch für das Erkenntniß über den Kostenpunkt gewonnen und Widersprüche zwischen diesem Theile der Entscheidung und der Entscheidung in der Hauptsache am sichersten vermieden werden. Die hieraus für die Straf-Proz.-O. erwachsene Aufgabe, die Fälle, welche bei der Entscheidung über den Kostenpunkt eintreten können, zu erschöpfen, ist in den Art. 451 ff. gelöst und gerade dadurch, daß sie diese Fälle erschöpfte, beweist sie wiederum, daß sie keinen übrig lassen wollte, in welchem eine weitere Entscheidung von Seiten einer andern Behörde ergänzend eintreten könnte. Auch aus dem Schluß-Art. 446 Abs. 1 sieht

man, daß die Straf=Proz.=O. mit der Entscheidung des Kriminalrichters den Kostenpunkt definitiv zur Erledigung bringen wollte. Von denselben Ansichten ging man bei den Kammerverhandlungen über den Entwurf der St.=P.=O. aus. Der Kammerbeschluß, es sey mit Art. 418 des Entw. (Art. 441) nicht gemeint, den Civilansprüchen, die auf eine unrechtliche Handlung sich gründen, irgend eine Grenze zu setzen, sah von den eigentlichen Untersuchungskosten ganz ab und hatte nur die Kosten der freiwilligen Vertheidigung und anderen Schaden, der einem Angeschuldigten, namentlich in Folge falscher Denunciation, widerrechtlicher Handlungen des Untersuchungsrichters, erwachsen war, im Auge: eine weitere Entscheidung über die eigentlichen Untersuchungskosten hielt man augenscheinlich nicht für nothwendig, weil der Artikel für alle Fälle ausreichte. ..."

Im weiteren Verlauf der Ausführung des Kriminalsenats wird noch gezeigt, daß, wenn auch das Schwurgerichts=Gesetz von der Straf=Proz.=Ord. insofern abweiche, als dasselbe nur von einer Verurtheilung des Angeklagten in die Prozeßkosten spreche, — doch hieraus nicht gefolgert werden dürfe, es solle, wenn der Angeklagte nicht kostenfällig werde, dem Staate zustehen, andere Personen, welche die Untersuchung oder einen Theil derselben verschuldet haben, etwa im Wege der Administrativjustiz wegen des Ersatzes der Kosten in Anspruch zu nehmen.

Ist nun auch dem Bemerkten zufolge der Satz, von welchem die beiden Senate des Gerichtshofs in Ellwangen ausgegangen sind, über alle Anfechtung erhaben, so muß doch die Entscheidung des Civilsenats für eine unrichtige darum gehalten werden, weil der Anschauung, welche dabei vorgewaltet, als ob die Kosten, um welche es sich in dem konkreten Fall gehandelt hat, Strafprozeßkosten im Sinne des X. Titels der Straf=Prozeß=Ordnung wären, nicht bei-

gepflichtet werden kann. Es steht im Einklang mit dem dem Untersuchungsprozeß zu Grund liegenden Prinzip, daß der Aufwand, welcher durch die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit im besonderen Fall verursacht wird, von dem Staat oder dem sonstigen Inhaber jener Gerichtsbarkeit vorschußweise bestritten wird, worauf im Endurtheil die Entscheidung erfolgt, wer aus dem Grund der Verschuldung die Kosten zu tragen habe, so daß die Kosten auf der Staats- (oder Gerichts-)kasse lasten bleiben, wenn im Endurtheil gegen Niemanden oder nur gegen einen Zahlungsunfähigen die Verbindlichkeit zur Erstattung ausgesprochen wird. Es ist aber einleuchtend, daß dieß Alles nur von demjenigen Aufwand gelten kann, welcher von dem Gericht als dem Organ des Gesetzes im Interesse der materiellen Gerechtigkeit oder nach formellen Prozeßvorschriften zu machen war. Daß die Straf-Prozeß-O. nicht alle aus Anlaß eines Strafprozesses irgend wie und irgend wem entstehenden Kosten zu den Srafprozeßkosten rechnet, zeigt der Art. 441, der bestimmt, welche Kosten unter den Kosten eines Strafprozesses zu verstehen seyen, ganz klar. Es mag jedoch, was dießfalls in dem zuletzt erwähnten Beschlusse des Kriminalsenats des K. Obertribunals bemerkt ist, hier aus den ständischen Verhandlungen über den Entwurf der Straf-Proz.-Ord. eine ausführlichere Begründung erhalten.

In dem dem Art. 441 der Straf-Proz.-O. entsprechenden Art. 418 des Entwurfs fehlte noch das Wort „nothwendige" vor „Vertheidigung." Davon nahm der Abg. Veiel Veranlassung zu dem Antrag, auch die Kosten der „Rekursausführung" in den Artikel aufzunehmen, indem er geltend machte, daß es nicht gerechtfertigt sey, zwischen den Kosten der „Vertheidigung" und denen der Rekursausführung einen Unterschied zu machen, und daß daher, wenn in dem Artikel unter den Prozeßkosten, welche zunächst der Schuldhafte zu tragen, die aber in Gemäßheit

des Entwurfs-Artikels 424 (jetzt Art. 446), falls ein Schuldhafter zu ihrer Tragung nicht verurtheilt werden könne, die Staatskasse zu übernehmen haben solle, die Kosten der Vertheidigung genannt seyen, auch die Kosten der Rekursschrift aufgenommen werden sollten. Allein dieser Antrag fand nirgends Anklang. Bei der Berathung über denselben wurde vor Allem festgestellt, daß der Art. 418 nur von den Kosten der nothwendigen Vertheidigung rede, überhaupt nur die sog. nothwendigen Prozeßkosten bezeichne; und daß es neben diesen Kosten willkührliche Prozeßkosten gebe, zu welchen die Kosten der freiwilligen Vertheidigung, Rekursausführung ꝛc. zu zählen seyen. Sodann wurde anerkannt einerseits, daß für die erste Kategorie die Vorschriften der Straf-Proz.-O. über die Verbindlichkeit zur Bezahlung der Prozeßkosten, Art. 441—446, ertheilt seyen, — andererseits, daß die „nicht nothwendigen" Prozeßkosten der Angeschuldigte, der sie aufgewendet, bezahlen müsse — nicht in Folge des Entwurfs-Art. 418, sondern „weil er dabei privatim gehandelt habe" — „nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen"; daß diese Kosten der Staatskasse niemals aufgebürdet werden können; daß hingegen der Angeschuldigte den falschen Denuncianten oder schuldhaften Richter wegen der Erstattung derartiger durch ihr Verschulden veranlaßter Kosten und zwar im Civilrechtswege in Anspruch nehmen könne. Um jedem Zweifel, der sich wider die letztere Annahme erheben könnte, zu begegnen, wurde sofort der von der Kammer der Standesherren und der Staatsregierung gebilligte Beschluß gefaßt, als Voraussetzung auszusprechen, „daß durch den Art. 418 (jetzt Art. 441) den Ersatzansprüchen aus einer rechtswidrigen Handlung nicht präjudizirt werde."[1]

---

[1] Verh. d. K. d. Abg. von 1842/43. Prot.-Bd. 5, Sitz. 67, S. 14 ff. (insbes. Veiel, S. 14 ff., v. Bezzenberger, S. 17. 20, Scheurlen, S. 15, Knapp, S. 18, 20, v. Prieser, S. 19) Bd. 15, Sitz. S. 345, 438, 583.

In der gleichen Sitzung der Kammer der Abgeordneten wurde bei der Berathung des Art. 420 (jetzt Art. 443), welcher die Anwendung des in Art. 418 (jetzt Art. 441) aufgestellten allgemeinen Grundsatzes über die Verbindlichkeit zur Erstattung der Prozeßkosten auf Denuncianten und Richter zum Gegenstand hat, das Bedenken geäußert: wenn nicht ausdrücklich bestimmt würde, daß die von dem falschen Denuncianten oder fahrläßigen Richter zu erstattenden Prozeßkosten in einer weiteren Bedeutung als in dem blos die nothwendigen Prozeßkosten begreifenden Entwurfs-Artikel 418 (441) zu verstehen seyen, so würde der Civilrichter, an die Begriffsbestimmung des eben gedachten Artikels sich haltend, eine von dem Angeschuldigten wider den Denuncianten oder Richter erhobene Klage auf Erstattung der für Jenen sonst durch den Prozeß veranlaßten Kosten, insbesondere der Kosten einer freiwilligen Vertheidigung abweisen. Um dieser Konsequenz vorzubeugen, wurde beschlossen, es solle dem Artikel die Bestimmung beigefügt werden, daß „unter den Prozeßkosten, welche dem Denuncianten oder Richter zur Last fallen, nicht blos die nothwendigen Kosten des Art. 418 begriffen seyen, sondern überhaupt alle von dem Angeschuldigten befugterweise aufgewendeten Prozeßkosten." Dieser Zusatz wurde nun zwar von den beiden andern gesetzgebenden Faktoren abgelehnt, jedoch nicht etwa darum, weil sie in der Sache nicht einverstanden gewesen wären, sondern darum, weil sie ihn entbehrlich fanden, wofür sich die Staatsregierung insbesondere auf die zu Art. 418 ausgesprochene, vorhin erwähnte Voraussetzung bezog.[2]

Sonach wurde bei Gelegenheit der Berathung des Art. 443 wiederholt anerkannt, daß im Art. 441 nur

[2] 67. Sitz. S. 28, 32 (insbes. die Aeußerungen des Präsidenten, S. 28—30, Knapp's, S. 28, 30, 31, Rümelin's v. W., S. 30., v. Rümelin's, S. 30, Scheurlen, S. 32, Verh. Bd. 15, S. 345—46, 583, 931.

bestimmt sey, welche Kosten zu den eigentlichen, den sog. nothwendigen gehören, und daß nur für diese Kosten die in dem X. Titel ertheilten Vorschriften gelten. Es ist nun aber nicht nur eine an und für sich gerechtfertigte Annahme, daß auch der Art. 8 der Strafprozeßordnung, welcher die ausschließliche Kompetenz des Strafrichters für die Entscheidung über die Prozeßkosten festsetzt, blos die Prozeßkosten in dem bezeichneten Sinne im Auge hat, sondern es erhellt aus dem Angeführten, daß bei der Berathung des Entwurfs der Strafprozeßordnung alle Faktoren in dem ausdrücklichen Anerkenntnisse sich vereinigten, es solle rücksichtlich der freiwilligen Prozeßkosten weder an den bisher in Geltung gewesenen civilrechtlichen Grundsätzen über die Bedingungen, unter welchen der in eine Untersuchung Verwickelte von dem falschen Denuncianten, nachlässigen Richter ꝛc. die Erstattung verlangen kann, noch an der Kompetenz des Civilrichters zur Entscheidung über diese Ansprüche etwas verändert werden.

Daß die Kosten, welche ein an seiner Ehre Angegriffener für die Honorirung eines von ihm zur Anhängigmachung und Betreibung seiner Strafklage bevollmächtigten Rechtsanwalts, sowie für Reisen, die behufs der Betreibung der Angelegenheit von ihm gemacht werden, aufwendet, ebenfalls nicht zu den Kosten des Strafprozesses im Sinn des Art. 441 der Strafprozeßordnung gehören, bedarf keiner weiteren Begründung. Die Kompetenz der Civilgerichte in Betreff der Entscheidung über Ansprüche auf Ersatz von Kosten, die im Zusammenhange mit einem Strafprozeß stehen, beginnt aber da, wo die durch die Begriffsbestimmung des Art. 441 begrenzte Kompetenz der Strafgerichte aufhört; demnach scheint nicht bezweifelt werden zu können, daß das Oberamtsgericht Neresheim zu der von dem Civilsenat des K. Gerichtshofs wegen Unzuständigkeit kassirten Entscheidung in der That zuständig war.

In Betreff der Entscheidung des Kriminalsenats des K. Gerichtshofs hingegen, welche die Kosten der Vertheidigung des Angeklagten in einem (bezirksgerichtlichen) Preßprozeß zum Gegenstand hatte und gleichwohl die Grundsätze der Strafprozeßordnung von 1843 zur Grundlage genommen hat, fragt es sich, ob nicht Letzteres mit Unrecht geschah.

Nach den Grundsätzen der Straf-Prozeß-Ordnung vom 22. Juni 1843 haben diejenigen Untersuchungen, deren Einleitung nicht von Amtswegen erfolgt, sondern durch eine Klage des Beleidigten oder Beschädigten bedingt ist, nur das Besondere, daß die Eröffnung der Untersuchung von dem Vorhandenseyn jener Klage abhängig ist, und daß bis zu einem gewissen Abschnitt des Prozesses der Beleidigte oder Beschädigte durch die Zurücknahme seiner Klage den Fortgang der Untersuchung hemmen kann. Abgesehen hievon hat der Kläger keine maßgebende Einwirkung auf Beginn, Richtung und Schluß des Strafverfahrens; seine Person tritt überhaupt ganz zurück, sobald einmal geklagt ist, und wie in allen sonstigen Beziehungen, so gelten auch bezüglich der Stellung des Beklagten im Prozeß die allgemeinen Vorschriften. Daher war es denn keineswegs nöthig, hinsichtlich der Verbindlichkeit zur Erstattung der Prozeßkosten für jene Ausnahmsfälle besondere Bestimmungen zu treffen. Was namentlich die Verpflichtung des Klägers zur Kostenerstattung anbelangt, konnten die Art. 441, 443 als ausreichend gelten; erst das Gesetz vom 13. August 1849 hat im Art. 19 Abs. 3 für den Fall des Verzichts auf die Klage eine singuläre, den Kläger unter allen Umständen zum Ersatz der aufgewendeten Gerichtskosten verpflichtende Bestimmung beigefügt.

Nun nehmen aber in dem Strafverfahren, für welches die K. Verord. vom 25. Juli 1848, betreffend ein mündliches und öffentliches Anklageverfahren in Preßprozeßsachen, beziehungsweise die Art. 37—45 des Gesetzes vom

13. August 1849 maßgebend sind, sowohl der klagende Beleidigte als der Beklagte eine ganz andere Stellung ein, als in den Prozessen, für welche die Straf-Proz.-O. von 1843 die ausschließliche Norm bildet. In jenen Preßprozeßsachen erscheinen der klagende Beleidigte und der Beklagte als Parteien, denen ein wesentlicher Einfluß auf den Gang des Verfahrens eingeräumt ist; das Strafverfahren geht in beiden Instanzen, unerhebliche Ausnahmen abgerechnet, in der Form eines Rechtsstreites vor sich. Die Parteien müssen zu dem Hauptverfahren in erster, zur Verhandlung über den Rekurs in zweiter Instanz vorgeladen werden und der Kläger muß in erster Instanz, der Rekurrent in zweiter Instanz der Ladung Folge leisten, wenn sie nicht des Klag-, beziehungsweise Rekursrechts verlustig gehen wollen. Als eine Konsequenz, des hier zur Anerkennung gelangten Prinzips der Privatanklage ist sodann die Bestimmung des Art. 22 jener Verord. aufzufassen, wonach in solchen Sachen „der Privatkläger für die Prozeßkosten haftet, soweit sie dem Angeklagten nicht zuerkannt werden," eine Bestimmung, durch welche die Art. 441, 443, 446 der St.-Proz.-O. insoweit eine Abänderung erhalten, als danach in jenen Sachen, wenn dem Angeklagten die Prozeßkosten nicht zugeschieden werden können, immer der Kläger in dieselben zu verfällen ist, ohne Unterschied, ob ihm eine wissentliche falsche oder leichtsinnige Anklage zum Vorwurf gemacht werden kann, oder ob ihn ein solcher Vorwurf nicht trifft, der Kläger somit den Streit auf seine Gefahr und Kosten führt.

Allein auch bezüglich der Beiziehung von Rechtsanwälten sind in den bezeichneten Preßprozeßsachen ganz andere Grundsätze und Verhältnisse zur Geltung gekommen. In diesen Sachen können die beiden Parteien im Hauptverfahren sich vertreten lassen in der Weise, daß der Vertreter ganz an die Stelle des Vollmachtgebers tritt und wie der Bevollmächtigte im Civilprozeß für Letzteren den Prozeß führt,

und es ist diese Befugniß nur durch die Bestimmung beschränkt, daß die Parteien zum Vertreter Niemanden als einen geprüften Rechtsgelehrten wählen dürfen. (Art. 10—11 der Verord., Art. 44 des Gesetzes vom 13. August 1849). Während ferner das Gesetz vorschreibt, daß, wenn die Parteien sich eines Beistandes bedienen wollen, von ihnen hiezu wieder ein geprüfter Rechtsgelehrter gewählt werden muß und die Rechtsfreunde zu den Verhandlungen vorzuladen sind, bringt es die Form des Verfahrens mit sich, daß die Streitenden, wenn sie nicht selbst Rechtskenntnisse besitzen, einen derartigen Prozeß ohne einen rechtsgelehrten Beistand zu führen kaum jemals sich getrauen werden, vielmehr wohl immer zur Vertheidigung ihrer Rechte die Honorirung eines solchen Beistands aufzuwenden sich gezwungen finden dürften.

Bei Erwägung der im Bisherigen angedeuteten Eigenthümlichkeiten der Prozesse der bezeichneten Gattung kann zuvörderst die Annahme einem Bedenken nicht unterliegen, daß in solchen diejenigen Kosten, welche durch das persönliche Erscheinen des Klägers und des Angeklagten bei den gedachten Tagfahrten verursacht werden, zu den (eigentlichen) Prozeßkosten gehören, über welche in dem Endurtheil zu entscheiden ist, und daß das Gleiche von den Gebühren der Anwälte gilt, welche als Vertreter der Parteien — statt der Letzteren — thätig waren. Indeß wird wohl noch weiter gegangen und von denjenigen Kosten, welche die neben den Parteien — als deren Beistände funktionirenden Advokaten verursachen, das Nämliche behauptet werden dürfen.

Hiemit soll natürlich nicht gesagt seyn, daß dann, wenn die zu Bezahlung der Prozeßkosten verurtheilte Partei solche nicht zu bezahlen vermag, nach Art. 446 der Straf-Proz.-O. die Staatskasse für dieselbe auch wegen jener Kosten einzutreten habe; das Verhältniß des Staats oder sonstigen Inhabers der Gerichtsbarkeit in Beziehung auf die Kosten ist nur zu Gunsten

des Staats 2c. durch die Preßprozeßgesetzgebung (durch Art. 22 der Verordn.) geändert worden; eine über den Art. 441 der Straf-Proz.-O. hinausgehende Erweiterung seiner Verpflichtung läßt sich in keiner Weise begründen.

Für die hier entwickelte Ansicht kann endlich ein Beschluß des Kriminalsenats des K. Obertribunals vom 16. September 1851 i. c. Dillenius c. Elsner angeführt werden, dahin lautend: „Da die K. Verordnung vom 25. Juli 1848 und das Gesetz vom 13. August 1849 in Preßprozeßsachen ein kontradiktorisches Verfahren festsetzen, somit die Analogie des Civilverfahrens auch im Kostenpunkt entscheidend ist, und da überdieß der Art. 9 der Verordnung die Ladung des von der Partei benannten Rechtsfreundes ausdrücklich vorschreibt, so sind auch die Kosten der Advokaten unter den Prozeßkosten begriffen und die Anrechnungen im Maßstab der Advokatentaxe passierlich."

---

3) Die Form der Schenkung von Todes wegen nach württembergischem Recht.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Wie nach römischem Rechte mit Rücksicht auf die Bestimmung der cst. 4 Cod. de don. m. c. (8, 57), so ist es auch nach württembergischem Rechte im Hinblick auf die Bestimmung des Landrechts Thl. II. Tit. 19. eine bestrittene Frage, ob derjenige, welcher eine Schenkung auf den Todesfall machen will, an die Forn der Zuziehung von fünf Zeugen gebunden ist, oder ob die Schenkung von Todes wegen auch in der Form einer Schenkung unter Lebenden erfolgen kann. Bezüglich des römischen Rechts wird man die Ansicht für die richtige zu erkennen haben, welche auch bei der Schenkung von Todes wegen gestattet, die Form einer Schenkung unter Lebenden zu

wählen,[1] worauf jedoch hier nicht weiter eingegangen werden soll. Anders aber verhält es sich nach württembergischem Recht, indem nach der angeführten Bestimmung des Landrechts eine Schenkung von Todes wegen nur durch die Zuziehung von fünf Zeugen, und ausnahmsweise bei der Schenkung vom Vater an ein Kind durch die Zuziehung von zwei Zeugen giltig wird. Schon das erste und zweite Landrecht bestimmte in dem Titel: „Von Gaben, so Todtshalben beschehen" ganz allgemein: „Doch werden zu solchen Vergabungen fünff Zeugen erfordert, Es were dann, das ein Vatter seinen Kindern der massen vergaben wolt, in wölchem Fall zwen Zeugen gnug sein"[2] Das dritte Landrecht wiederholt diese Bestimmung fast wörtlich, indem dasselbe in Thl. II. Tit. 19: „Von Gaben so Todes wegen geschehen" §. 1 besagt: „Inmassen dann auch zu solchen Vergabungen regulariter fünf Zeugen erfordert worden; es wäre dann, daß ein Vater seinen Kindern dergestalt etwas vergaben wollte, in welchem Falle genugsam, wenn zwei Zeugen dabei gewesen." Nur hat diese Bestimmung in dem dritten Landrecht noch den Zusatz erhalten: „Es ist aber nicht von nöthen, daß diese Vergabung, gegen wen auch solche geschehen, in Schriften verfaßt oder vor Gerichte insinuirt und fürgebracht werde", und aus der Relation des „Dr. Jakob Haugens" ergibt sich, daß dieser Beisatz „zu mehrer erleutterung dieser donation" erfolgt ist und „weyl in diesen donationibus causa mortis, Wie hoch dieselbige Auch seyen, ... (Wa sie allein mit Fünff Zeugen beweyßlich,) keiner Insinuation, oder einiches briefflichen scheinß bedürfftig, per textum expressum in dict. L. fin. Cod. de don. causa mortis." Hiefür wird sich dann berufen auf Julius

---

[1] Vergl. Savigny, System, Bd. 4, §. 172. Schröter, in der Zeitschrift f. Civilrecht und Prozeß, Bd. 2, S. 133 ff. Vangerow, Pand., Bd. 2, S. 667.

[2] Reyscher, Gesetzessammlung, Bd. 4, S. 315.

Clarus, Schneidewein und Hier. Schurphius, aus deren Schriften zum Beleg zwei Stellen angeführt werden, wovon die Stelle aus Schurff's Consilien dahin lautet: „Donationem causa mortis in qua intervenerunt quinque testes, Valere absque insinuatione, licet excedat summam 500 aureorum; Sed si non intervenerunt quinque testes, quod tunc requiratur insinuatio ad hoc ut Valeat, per textum in L. donatio C. de donat."[3] Hieraus ergibt sich nun allerdings, daß Schurff der schon zu jener Zeit von vielen Schriftstellern vertheidigten und oben als die richtige bezeichneten Ansicht war, daß nach römischem Recht eine Schenkung von Todes wegen auch in den Formen einer Schenkung unter Lebenden giltig vorgenommen werden könne. Allein die gedachte Stelle der Schurff'schen Consilien wurde von Haug nur zum Belege des von ihm beantragten Zusatzes zu dem zweiten Landrecht angeführt, daß es zur Giltigkeit der Schenkung von Todes wegen keiner weiteren Form, als der Zuziehung von fünf Zeugen, weder einer Verfassung in Schriften, noch einer gerichtlichen Insinuation bedürfe, und es kann daher schon darum hieraus nicht gefolgert werden, daß durch das dritte Landrecht die Bestimmung des zweiten habe geändert, und neben der Form der Zuziehung von fünf, beziehungsweise zwei Zeugen auch die Form der Schenkung unter Lebenden habe zugelassen werden wollen, wozu noch kommt, daß in dem Protokoll der Stuttgarter Kommission über die Haug'sche Relation zu fraglichem Titel „Von Gaaben so todts halber beschehen" nur kurz bemerkt ist: „Bleibt",[4] womit ausgesprochen ist, daß an dem zweiten Landrechte nichts geändert worden. Uebrigens lassen schon die Worte des dritten Landrechts einem gegründeten Zweifel hierüber

---

[3] Faber und Schloßberger, Vorarbeiten zum württ. Landrecht, S. 219.

[4] Ebendaselbst, S. 291. cf. unten Z. 2.

keinen Raum, da sie der Zulassung einer weiteren Form, als der Zuziehung von fünf, beziehungsweise zwei Zeugen mit keinem Worte gedenken und man, wenn die Zulassung, abweichend von der Bestimmung des zweiten Landrechts beabsichtigt worden wäre, solche mit klaren Worten auszusprechen gewiß nicht unterlassen hätte. Demgemäß ist auch von den meisten Schriftstellern über das württembergische Recht angenommen worden, daß nach diesem eine Schenkung von Todes wegen nur mit Zuziehung von fünf, beziehungsweise zwei Zeugen giltig vorgenommen werden könne,[5] und die württembergische Praxis hat sich gleichfalls stets hieran gehalten,[6] und insbesondere hat sich das Obertribunal schon in einer Entscheidung vom 19. Sept. 1823[7] und wiederholt in einer Entscheidung vom 5. Juni 1858 in der Appellationssache W. c. H. und in einer, unten des Näheren zu erwähnenden, Entscheidung vom $\frac{\text{14. Oktober}}{\text{19. Novemb.}}$ 1859 in der Appellationssache W. c. W. in Uebereinstimmung hiemit ausgesprochen. Eine ganz andere Frage ist es, ob im einzelnen Falle die zunächst beabsichtigte Schenkung von Todes wegen, wenn sie wegen der erman-

---

[5] Lauterbach, Coll. lib. 39 tit. 6, §. 11. Harpprecht in addit. ad. Clarum. Qu. 4 nr. 7. „Haec quippe donatio (i. e. mortis causa) quinque testes necessario desiderat.“ Plebst, Disp. ad. Jus prov. p. II. §. 209. Auct. Annot. ad „Jus prov. p. II. §. 118. Hagstetter, Einleitung in das Landrecht, p. 2, tit. 19, Q. 3. Griesinger, Commentar, Bd. 4, S. 1025, 1030. Reinhardt, Comm. Bd. 2, S. 250. Weishaar, württ. Privatrecht, Bd. 3, §. 1110. Kübel in der neuesten Auflage von Stein's Handbuch des württ. Erbrechts bemerkt im §. 179, daß die Form der Schenkung von Todes wegen diejenige eines Codizills seye; und fügt nur in der Note bei, ob auch in der Form der Schenkung unter Lebenden eine donatio mortis causa erfolgen könne, seye bestritten.

[6] Lauterbach, loco cit. Consilia Tubing. Bd. 7, cons. 34, §. 35—41.

[7] Bolley, Verm. Aufsätze, S. 73.

gelnden Zuziehung von Zeugen als solche nichtig ist, als eine Schenkung unter Lebenden sich aufrecht erhalten läßt, wenn deren Erfordernisse zutreffen, was davon abhängt, ob Letzteres als in der Absicht der Vertragschließenden gelegen angenommen werden kann. Es wird dieß gewöhnlich, obwohl nicht passend mit dem Ausdruck Konversion bezeichnet und von einer solchen Konversion sprechen Griesinger, Harpprecht und die Tübinger Consilien, wovon unten noch die Rede seyn wird; es hat dieß aber mit unserer Frage nichts zu thun, da in dem Falle der Konversion das Rechtsgeschäft nicht als eine Schenkung von Todes wegen, sondern als eine Schenkung unter Lebenden aufrecht erhalten wird, und für diese natürlich nur die für letztere vorgeschriebenen Förmlichkeiten erforderlich sind.

Abweichend von der in Vorstehendem vertheidigten Ansicht hat Probst[8] auszuführen gesucht, daß auch nach württembergischem Rechte Jeder, welcher auf den Todesfall schenken wolle, die Wahl habe, dieß vor fünf Zeugen oder in der Form einer Schenkung unter Lebenden zu thun. Derselbe stützte diese seine Ansicht auf das in dem dritten Landrecht eingeschobene Wort: „regulariter," da man streng logisch nicht sagen könne, in der Regel gelte ein Grundsatz, nur ein einziger Fall sey ausgenommen, wenn in allen andern Fällen außer diesem der Grundsatz feststehen solle. Hätte nur der angeführte einzige Fall ausgenommen werden wollen, so würde es nur heißen müssen: es werden fünf Zeugen erfordert, außer

[8] Sarwey, Monatschrift, Bd. 8, S. 278 ff. Der Ansicht von Probst scheint Reyscher, württ. Privatr., Bd. 3, S. 307 beigetreten zu seyn, da derselbe zwar zuerst sagt, daß zur Form der Schenkung von Todes wegen entweder die Beiziehung von Zeugen oder die Gegenwart des Gerichts gehöre, nachher aber bemerkt und zwar unter Beziehung auf den Aufsatz von Probst, daß es in der Wahl des Schenkenden stehe, die Form einer Schenkung unter Lebenden oder eines Codizills zu beobachten.

in dem einzigen Falle u. s. w. Zum mindesten müßte also das Wort „regulariter“ bei dieser Annahme als gänzlich bedeutungslos betrachtet werden, was gegen die Auslegungsregeln verstoßen würde, wonach jedes Wort als mit Bedacht gesetzt angenommen werden müsse. Seye aber letzteres anzunehmen, so seye durch die Einschiebung des Wortes „regulariter“ ausgesprochen, daß, abgesehen von dem Falle einer Schenkung des Vaters an seine Kinder, die Zuziehung von fünf Zeugen nur die Regel sey, bilde letzteres aber, außer dem ausgehobenen besonderen Falle, nur die Regel, so müssen sich noch weitere Ausnahmen denken lassen, ein logisches Ergebniß, welches keinen Widerspruch zulasse. Frage man nun, welche Ausnahmen hier gemeint seyn können, so müsse man auf das gemeine Recht und dessen Bestimmungen zurückgehen, welches die Quelle des Landrechts bei diesem Rechtsinstitute offenbar seye, und da nach gemeinem Recht die donatio mortis causa auch in den Formen der donatio inter vivos errichtet werden könne, so stehe kein Hinderniß im Weg, diese Formen neben der im Landrecht als Regel oder als gewöhnliche Form der donatio mortis causa bezeichneten Errichtung von fünf Zeugen zuzulassen.

Es soll nicht bestritten werden, daß dieser Auslegungsversuch sehr scharfsinnig ist, aber man könnte vielleicht sagen, er ist zu scharf, um für gelungen erklärt werden zu können, zumal wenn man bedenkt, daß es sich hier um eine Interpretation einer Stelle des Landrechts handelt, dessen Verfasser nicht jedes Wort auf die Goldwage gelegt haben. Ueberdies muthet Probst durch seine Auslegung dem Landrecht eine sprachliche Unrichtigkeit zu, die sich nicht so ohne Weiteres unterstellen läßt; denn wenn das Landrecht hätte bestimmen wollen, daß derjenige, welcher eine Schenkung von Todes wegen errichten wolle, die Wahl habe, ob er fünf Zeugen zuziehen, oder die Formen der Schenkung unter Lebenden beobachten wolle, so hätte dasselbe nicht von einer Regel und einer

Ausnahme sprechen können, da beiderlei Formen in diesem Falle neben einander, nicht aber in dem Verhältniß von Regel und Ausnahme zu einander stehen würden. Endlich aber spricht, wie schon oben gezeigt, die Geschichte der fraglichen Gesetzesbestimmung entschieden dagegen, daß an der nach dem eigenen Anerkenntnisse Probst's unzweifelhaften Bestimmung des zweiten Landrechts im dritten Landrechte in fraglicher Beziehung irgend Etwas geändert worden.

Im Einklange mit dieser Ansicht hat sich auch das Obertribunal vom $\frac{\text{14. Oktober}}{\text{19. Novemb.}}$ 1859 in der schon oben erwähnten Entscheidung gegen die Probst'sche Auslegung ausgesprochen, und es wird von Interesse seyn, wenn in Folgendem die hierauf bezügliche Ausführung der Entscheidungsgründe des Obertribunals mitgetheilt wird. Dieselbe geht dahin:

Man kann zugeben, daß, wenn die Entscheidung des Obertribunals die richtige ist, das Wort „regulariter“, auf welches Probst ein Hauptgewicht legt, überflüssig war, und es genügt hätte, zu sagen: es werden zu solchen Vergabungen fünf Zeugen erfordert, es wäre denn, daß 2c. Allein weder die Beifügung dieses Worts an sich, noch auch der Umstand, daß dasselbe im ersten und zweiten Landrecht nicht enthalten war, sondern erst im dritten beigefügt wurde, kann zu der Annahme berechtigen, daß damit habe ausgedrückt werden wollen, es finden auch noch andere Ausnahmen von dem Erfordernisse der Zuziehung von fünf Zeugen, als die im Gesetz bezeichnete der donatio patris inter liberos statt, und noch weniger kann aus jener Beifügung des Worts: „regulariter“ gefolgert werden, daß als Ausnahme von der Regel, wonach zu einer Schenkung von Todes wegen fünf Zeugen erfordert werden, insbesondere auch der Fall zu betrachten sey, wenn die Form einer Schenkung unter Lebenden angewendet werde. Konnte, wie Probst selbst annimmt,

nach der Bestimmung des ersten und zweiten Landrechts eine Schenkung von Todes wegen nur in der Form eines Codizills, nicht auch in der Form einer Schenkung unter Lebenden giltig errichtet werden, so würde der Gesetzgeber, wenn er dieß hätte ändern und auch die letztere Form hätte für zuläßig erklären wollen, dieß ausdrücklich ausgesprochen und nicht blos der Bestimmung, daß zu einer giltigen Vergabung von Todes wegen fünf Zeugen erfordert werden, das Wort regulariter beigefügt haben. Daß er dieß zu Einführung der früher unzuläßigen Form einer Schenkung unter Lebenden für genügend gehalten haben würde, läßt sich um so weniger annehmen, als auch nach römischem Recht die Zuläßigkeit der Form einer Schenkung unter Lebenden keineswegs unzweifelhaft war, vielmehr schon die Ansicht der Glosse ad. c. ult. ad. §. 1. Jnst. de donationibus (2. 7.) und die herrschende Meinung der Rechtsgelehrten dahin gieng, daß eine Schenkung von Todes wegen blos in der Form eines Codizills giltig errichtet werden könne.[9] Ueberdieß würde es sich, wenn das Landrecht beiderlei Formen nach der Wahl des Schenkers hätte für zuläßig erklären wollen, nicht von Regel und Ausnahme, wenigstens nicht im juristischen Sinn des Worts gehandelt haben. Sofern aber unter der Regel blos das verstanden werden wollte, was häufiger geschieht, würde wohl nicht die Codizillarform, sondern die Form der Schenkung unter Lebenden für die Regel zu erklären gewesen seyn, indem letztere als die einfachere sicherlich häufiger Anwendung gefunden haben würde.

2) Erscheint schon hienach die in der Entscheidung des Ober-Tribunals vom 19. September 1823 aufgestellte Ansicht über das württ. Recht als begründet, so ist noch überdieß aus dem Protokoll der zur Begutachtung der

[9] Vergl. Schröter über die mortis causa donatio in Lindes Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Bd. 2, S. 149, Note 5.

Relation des Dr. Haug über den zweiten Theil des Landrechts niedergesetzten Kommission ersichtlich, daß an der Bestimmung des ersten und zweiten Landrechts über die Form der Schenkungen von Todeswegen nichts geändert werden wollte, indem es in diesem Protokoll bei dem Titel: „von Gaben so Todes halber beschehen" einfach heißt: „bleibt", d. h. daß es beim alten Texte bleiben soll.[10] Hiedurch wird klar bewiesen, daß in dem dritten Landrecht durch den Ausdruck regulariter nichts Anderes und nicht etwas Weiteres gesagt werden wollte, als was schon das erste und zweite Landrecht enthält. Die Bestimmung der früheren Landrechte blieb unverändert und bei der Redaktion des dritten Landrechts wurden nach dem Vorschlag des Dr. Haug in dessen Relation „zu mehrer Erläuterung dieser Donation" nur noch die weiteren Bestimmungen beigefügt, daß es nicht nöthig sey, daß diese Vergabung in Schriften verfaßt oder vor Gericht insinuirt werde, und daß sie stets widerrufen werden könne.[11] Zwar wird in der Relation des Dr. Haug eine Stelle aus der Consiliensammlung des H. Schurff cons. 6. cent. 1 angeführt, worin die Ansicht ausgesprochen ist, daß eine Schenkung von Todes wegen auch in der Form einer Schenkung unter Lebenden vorgenommen werden könne, und es geht daraus hervor, daß Dr. Haug bei seiner Relation diese Ansicht vor Augen hatte. Allein jener Schriftsteller wird von ihm nur dafür angeführt, daß, wenn fünf Zeugen zugezogen werden, die Insinuation nicht erforderlich sey, daher dieses Citat, zumal, da nach dem ersten und zweiten Landrecht eine Schenkung von Todes wegen nur in der für Legate vorgeschriebenen Form geschehen konnte und hieran das dritte Landrecht eine Aenderung nicht eingeführt hat, auch dieß,

---

[10] Faber und Schloßberger. Die Vorarbeiten zum württ. Landrecht, S. 291.

[11] Ebendaselbst, S. 219.

wie oben schon bemerkt worden, damals die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten war, nicht gegen die von dem Obertribunal angenommene Ansicht spricht.

3) Mit Unrecht wird sich von Probst für seine Ansicht auf die Tübinger Consilien berufen. In diesen findet sich vielmehr gerade das Gegentheil ausgesprochen. Das von ihm allegirte Cons. 34, Bd. 7 sagt nämlich in den §§. 35—41 mit klaren Worten, daß die Donation, von welcher das Consilium handelt und welche es als eine Schenkung unter Lebenden erklärt, als Schenkung von Todes wegen null und nichtig wäre, weil sie nicht von fünf Zeugen unterschrieben sey. Sodann heißt es zwar weiter im §. 42: „so eine Schenkung von Todes wegen wegen Mangels der nothwendigen Zahl von Zeugen nicht zu Recht bestehen könne, so oft müsse dieselbe als eine Schenkung unter Lebenden in jeder Weise aufrecht erhalten werden." Damit ist aber nicht gesagt, daß eine Schenkung von Todes wegen auch dann giltig sey, wenn nur die Form einer Schenkung unter Lebenden beobachtet sey, was mit dem zuvor Bemerkten in direktem Widerspruch stehen würde, sondern die angeführte Stelle hat nur den Sinn, daß, wenn der Wille des Disponenten zweifelhaft sey, das Rechtsgeschäft entweder als Schenkung von Todes wegen oder als Schenkung unter Lebenden aufrecht erhalten werden müsse, sobald nur die eine oder die andere Form eingehalten sey. Es ist dieß in §. 44 klar ausgesprochen, wo zur Erläuterung des in den §§. 42 und 43 Bemerkten beigefügt wird: „Und dieses zwar sogar, daß wenn gleich der Donator dabei seines Todes, jedoch solcher Gestalten Meldung gethan, daß dabei noch einiger Zweifel bevorbleibt, ob selbige auf die substantiam et perfectionem donationis, oder allein auf derselben Exekution und Vollziehung ihr Absehen haben solle, solchenfalls sodann dieselbe, wenn sie nicht als eine donatio mortis causa gelten kann, dennoch als eine solche, so unter den Lebendigen geschehen, soutenirt werden soll

und muß." Eine Schenkung soll also, wenn gleich der Schenkende dabei seines Todes Erwähnung gethan hat, doch als Schenkung unter Lebenden gelten können, und daher der mangelnden Unterschriften von Zeugen unerachtet aufrecht erhalten werden, wenn sie sich so auslegen läßt, daß nicht die Giltigkeit der Schenkung vom Tode des Schenkers abhängen, sondern nur die Vollziehung bis zum Tode desselben aufgeschoben bleiben soll. Waltet aber darüber kein Zweifel ob, daß die Giltigkeit der Schenkung vom Tode des Schenkers abhängen soll, daß also eine Schenkung von Todes wegen vorgenommen werden wollte, dann muß auch die Form der letzteren beobachtet, d. h. sie muß von fünf Zeugen unterschrieben seyn, wenn sie soll zu Recht bestehen können.

In dem gleichen Sinne ist auch Joh. Harpprecht,[12] auf welchen sich das Tübinger Consilium beruft, aufzufassen, wenn er sagt, eine Schenkung von Todes wegen erfordere fünf Zeugen, es sey aber zu präsumiren, daß wenn bei einer Schenkung nicht fünf Zeugen zugezogen worden, eine Schenkung unter Lebenden und nicht von Todes wegen habe vorgenommen werden wollen, selbst wenn sie unter Erwähnung des Todes des Schenkenden geschehen sey, damit nicht angenommen werde, derselbe habe einen Weg eingeschlagen, auf welchem seine Disposition nicht zu Recht bestehen könne.

Eben dieses gilt auch von Griesinger,[13] indem er

---

[12] In addit. ad Clarum Qu. IV. n. 7. Die betreffende Stelle lautet: „Tertio sub commemoratione mortis facta donatio, non reputatur mortis causa donatio, si non quinque testes sint adhibiti. Haec quippe donatio qinque testes necessario desiderat. Ne autem videatur donator elegisse viam, qua sua dispositio evertatur et pereat: dicendum potius, inter vivos donatum fuisse!" Und die Ueberschrift zu dieser Stelle besagt: „Jnter vivos, non mortis causa praesumitur donatio, sub mentione mortis facta, si quinque testes non intervenerunt."

[13] Comm. Bd. 4, S. 1031.

unmittelbar vor seiner Bemerkung, daß eine Schenkung von Todes wegen, welche vor weniger als fünf Zeugen gemacht worden, nach dem Tode des Schenkers als eine Schenkung unter Lebenden gelten könne, wenn sie alle Eigenschaften unter Lebenden habe, zu den Worten des Landrechts „regulariter fünf Zeugen erfordert werden" sagt: daß sich dieses auch nach dem römischen Recht so verhalte und daß auch noch heut zu Tag das römische Recht im Zweifel stattfinde. Die fünf Zeugen werden ohne Unterschied, ob die Schenkung groß oder klein sey, erfordert.

Es stellen auch mit Ausnahme von Besold,[14] welcher sagt, daß eine Schenkung von Todes wegen, welche wegen Mangels der erforderlichen Zahl von Zeugen nicht giltig sey, doch nach des Schenkers Tod als eine einfache Schenkung Kraft habe, die württ. Rechtslehrer den Satz auf, daß zur Form einer Schenkung von Todes wegen die Zuziehung von fünf Zeugen gehöre, ohne daß sie davon etwas erwähnen, daß dieselbe auch in der Form einer Schenkung unter Lebenden vorgenommen werden könne.[15]

---

4) Zur Kompetenz der Gerichte und der Verwaltungsjustizbehörden bei Streitigkeiten über Schafweiderechte.

Mittheilung eines Rechtsfalles.

(Von Rechtskonsulent Dr. Sarwey.)

Wie überhaupt in Deutschland, kommen in Württemberg Schafweiderechte sehr zahlreich und zwar sowohl in der Form von Gemeindeschafweiden, als jus compasculationis reciprocum, oder als Hütungsrecht auf Gemeindegründen (jus compasculationis), als auch in der Form von Servituten von einzelnen Berechtigten oder von einer

---

[14] Disp. ad. Jus. prov. p. II. tit. 19 §. 134.

[15] Vergl. Note 5.

Mehrheit von Personen, mit oder ohne Theilnahme der Eigenthümer der weidepflichtigen Fläche vor. Nach der Zusammenstellung in der verdienstvollen, von dem zu früh verstorbenen Direktor v. Sautter im Namen der Centralstelle für die Landwirthschaft ausgearbeiteten Einleitung zu dem im Jahr 1855 veröffentlichten Entwurf eines Landeskulturgesetzes für Württemberg wird in 1502 Gemeinden die Schafweide ausgeübt. Von diesen 1502 Gemeinden sind in 1195 Gemeinden die betreffende Gemeinde oder die Gesammtheit der Grundeigenthümer, in 101 Gemeinden die Realgemeinderechtsbesitzer, in 94 Gemeinden Dritte (wohl in allen Fällen frühere Grundherren, beziehungsweise deren Rechtsnachfolger) weideberechtigt. Getheilt ist die Weideberechtigung zwischen Dritten oder Realgemeinderechtsbesitzern und den Grundeigenthümern, beziehungsweise Gemeinden in 82 Gemeinden. Verpachtet ist die Gemeindeweide in 1077 Fällen. Bei dieser Zusammenstellung sind die Fälle, in welchen ein Gutseigenthümer die Schafweide auf dem eigenen Gut ausübt, sowie beschränkte Uebertriebsrechte nicht berücksichtigt. Solche Uebertriebsrechte kommen oft auf Flächen von nur wenigen Morgen, namentlich da vor, wo die Markungs- und Weidegrenzen nicht zusammenfallen, sie erstrecken sich aber auch mit der Beschränkung auf gewisse Zeit (öfters 2 und 3 Tage) auf ganze Markungen oder größere Theile von solchen. Bei diesem Umfang der Schafweiderechte, deren große Nachtheile für die fortgeschrittene Bodenkultur schon längst erkannt sind, wurde das Gesetz vom 9. April 1828, das Schäfereiwesen betreffend, allseitig mit Freuden begrüßt. Allein immer dringender hat sich das Bedürfniß herausgestellt, jenes Gesetz zu erweitern und zu ergänzen, sofern dasselbe, wie bekannt, nicht nur alle Weiderechte mit andern Viehgattungen unberührt ließ, sondern auch bezüglich der Schafweiden hauptsächlich wegen des Mangels von Bestimmungen über die Grundlage der Werthsabschätzungen, über den Maßstab der Ablösung, über das dabei ein-

zuhaltende Verfahren ꝛc. nur in sehr beschränktem Maße seinen Zweck der Beseitigung dieser Last des Bodens erreicht. Auf Grund des obenerwähnten Entwurfs hat daher die K. Staatsregierung mittelst Note des Ministers des Innern vom 20. August 1857 den umfassenden Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Ausübung und Ablösung der Weiderechte auf landwirthschaftlichen Grundstücken, eingebracht, über welchen auch von der für das Landeskulturgesetz gewählten Kommission der Kammer der Abgeordneten ein sehr gründlicher und umfassender Bericht erstattet und am 1. Mai 1861 ausgegeben wurde. Die Berathung desselben unterblieb jedoch wegen Mangels an Zeit, da die Wahlperiode der damaligen Kammer der Abgeordneten mit dem Jahr 1861 zu Ende gegangen war, und seitdem ist der Entwurf nicht wieder eingebracht worden. Bei dem entschiedenen Bedürfniß, welchem die Kammer der Abgeordneten schon am Schlusse der Berathung des Schäfereigesetzes am 15. Mai 1828 Ausdruck gegeben hat und welches seit dieser Zeit durch die Verhältnisse immer unabweisbarer und dringender geworden ist, ist jedoch zu hoffen, daß diese Arbeit nicht gänzlich zu den Akten gelegt ist.[1]

Nicht nur für die rechtliche Beurtheilung der bestehenden Verhältnisse, sondern auch für die zu erwartenden gesetzgeberischen Arbeiten ist es daher unzweifelhaft von Interesse, über die Zuständigkeit des Civilrichters und der Administrativjustizbehörden in Weidestreitigkeiten eine Erörterung herbeizuführen.

In dem von Sautter ausgearbeiteten Entwurf waren allgemein alle Streitigkeiten wegen Eigenthums und Eigen-

---

[1] Neuere Gesetze über Ablösung von Weiderechten und zum Schutz des Feldbaues haben das Großherzogthum Baden vom 31. Juli 1848, Großherzogthum Hessen vom 7. Mai 1849, Königreich Bayern vom 28. Mai 1852. Für die einzelnen österreichischen Kronländer sind in Ausführung des Grundentlastungsgesetzes vom 7. September 1848 besondere Patente ergangen.

thumsgrenzen, wegen Dienstbarkeiten und Reallasten, wegen Schadensersatzes in Folge der Uebertretung von kulturpolizeilichen Beschränkungen, insoweit nicht im Feldpolizeistrafgesetz eine Ausnahme begründet ist, sowie wegen — auf den Grund besonderer privatrechtlicher Titel in Anspruch genommener Abweichungen von kulturgesetzlichen Bestimmungen den Gerichten zugewiesen.

Art. 304 des Entwurfs eines Landeskulturgesetzes.

Alle übrigen aus der Handhabung der die Landeskultur betreffenden Gesetze und Verordnungen erwachsenden Kulturstreitigkeiten verweist der Entwurf vor die Regiminalbehörden.

Art. 302 des allg. Entwurfs.

In dem besondern, die Ablösung der Weiden betreffenden Sautter'schen Entwurf bestimmt Art. 34, daß, wenn das Daseyn des Weiderechts oder dessen Umfang bestritten ist, bis zu Austrag der Sache durch rechtskräftiges gerichtliches Erkenntniß die Ablösungsverhandlungen zu sistiren sind.

Alle über die Anwendung des Ablösungsgesetzes entstehenden Streitigkeiten sind nach Art. 31, wie in den übrigen Ablösungsgesetzen von 1848 und 1849 an die Ablösungskommission verwiesen.

Zu Art. 34 ist in den Erläuterungen zu den Entwürfen (S. 161) bemerkt, daß die Zuweisung dieses Falls an die Gerichte im bestehenden Recht begründet sey und sofern es sich um ein privatrechtliches Weiderecht handelt, ist hiegegen Nichts zu erinnern. Allein die Frage ist, ob alle Weiderechte privatrechtlicher Natur sind. Dieß könnte in jenem Entwurfe gefunden werden, indem er ohne Unterschied alle Streitigkeiten über das Daseyn und den Umfang der Weiderechte vor den Civilrichter verweist. Wenn man dieß im Wege der Gesetzgebung feststellt, läßt sich hiegegen Nichts einwenden. Allein die Ansicht, daß hiemit Nichts Neues eingeführt würde, wäre jedenfalls nicht richtig. Vielmehr ist außer Zweifel, daß es

Weiderechte öffentlich-rechtlicher Natur gibt, für welche sowohl hinsichtlich der Frage des Daseyns, als hinsichtlich des Umfangs folgerichtig die Zuständigkeit der Administrativgerichte bisher unbestritten war, wie die nachfolgende Entscheidung des Geheimeraths beweist und auch das K. Obertribunal in einer Entscheidung vom 6. Juni 1860 [2] anerkannt hat.

Hievon geht auch der neuere, bei der vorigen Ständeversammlung eingebrachte Gesetzesentwurf aus, indem derselbe von Weiderechten öffentlich-rechtlicher Natur spricht. (Art. 63, Art. 97, Abs. 2.)

Allein auch dieser Entwurf bringt durch den angeführten Artikel 97 nicht nur keine größere Klarheit in die Frage, vielmehr vermehrt derselbe die Bedenken. Der Artikel lautet:

> „Entsteht Streit über das Bestehen oder den Umfang eines Weide- oder Pförchrechts oder einer besondern Kulturbeschränkungsbefugniß oder darüber, ob und in welchem Maße der Weideberechtigte zu Gegenleistungen an den Weidepflichtigen verbunden ist, so haben hierüber die Gerichte zu entscheiden und es sind, bis ein rechtskräftiges Erkenntniß vorliegt, die Ablösungsverhandlungen auszusetzen. rc.
>
> Alle sonstigen Streitigkeiten, welche sich über die Auslegung und Anwendung des gegenwärtigen Gesetzes, sowie darüber erheben, ob ein seinem Bestehen und Umfang nach *an sich anerkanntes* Weide-, Pförch- oder Kulturbeschränkungsrecht öffentlich-rechtlicher Natur sey oder auf besonderem privatrechtlichem Titel beruhe, unterliegen der Entscheidung der Administrativbehörden."

Faßt man den ersten Satz dieses Artikels in's Auge, so schließt er sich vollständig den entsprechenden Bestimmungen im Sautter'schen Entwurf an. Er spricht wie

---

[2] Dieses Archiv **IV.**, S. 186, vgl. *Seuffert*, Archiv **IV.** S. 408.

dieser ganz allgemein ohne Unterscheidung, ob das Weiderecht öffentlicher oder privatrechtlicher Natur sey, den Streit über das Bestehen eines solchen und den Umfang den Gerichten zu.

Dennoch scheint es nicht die Absicht gewesen zu seyn, die Kompetenz des Civilrichters über die bisherige Grenze auch auf Verhältnisse öffentlich-rechtlicher Natur auszudehnen, da die Motive einer solchen Absicht nicht erwähnen. Jene Bestimmung in ihrer allgemeinen Fassung würde sich nur erklären, wenn über das Daseyn oder den Umfang von Weiderechten öffentlich-rechtlicher Natur überhaupt kein Streit entstehen könnte, oder wenn es keine solche geben würde, was beides nicht richtig ist.

Wenn sodann der zweite Absatz des Artikels die Frage „ob ein an sich anerkanntes Weide- oder Kulturbeschränkungsrecht öffentlich-rechtlicher Natur sey, oder auf besonderem privatrechtlichem Titel beruhe", an die Administrativbehörden verweist, so ist zwar gegen diese Bestimmung bezüglich des Kulturbeschränkungsrechts nichts zu erinnern. Sofern dasselbe an sich anerkannt ist, wird diese Frage eben nur in Ausführung des Ablösungsgesetzentwurfs praktisch, indem die Kulturbeschränkungen, die ihren Grund im öffentlichen Recht haben, für unentgeldlich aufgehoben, die auf privatrechtlichem Titel beruhenden als gegen Entschädigung ablösbar erklärt werden.[3] Es ist vollkommen richtig, was die Motive hiezu bemerken, daß die gleiche Kompetenzbestimmung in den Grundlastenablösungsgesetzen sich bewährt hat. Anders scheint es sich mit jener Bestimmung bezüglich des Weiderechts selbst zu verhalten.

---

[3] Eine Minderheit der Kommission der Kammer der Abgeordneten (6 Stimmen gegen 7) hat sich für die unentgeldliche Aufhebung aller, auch der privatrechtlichen Kulturbeschränkungsbefugnisse ausgesprochen und nach dieser Ansicht würde diese Frage selbstverständlich ganz wegfallen.

Hierüber enthält der von der Kommission der Kammer der Abgeordneten erstattete Bericht folgende Ausführung: „Wenn das Bestehen oder der Umfang eines Weide- oder Pferchrechts oder einer besonderen Kulturbeschränkung im Streit ist, so folgt hieraus nicht unmittelbar die Zuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung dieses Streits. Nur wenn die Partei, welche ein Weide- oder Pferchrecht oder eine Kulturbeschränkung behauptet, ihren Anspruch auf einen privatrechtlichen Titel stützt, ist der Civilrichter zur Entscheidung kompetent. Wenn nun aber der Streit gerade der ist, ob ein solches Recht öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sey, hat einfach zunächst die angerufene Justiz- oder Administrativbehörde hierüber zu erkennen und wenn ein Widerspruch zwischen beiden entsteht, ist ein durch das Staatsoberhaupt zu entscheidender Kompetenzkonflikt vorhanden. Es ist nicht zu verkennen, daß es im Interesse der Beschleunigung des Vollzugs des Gesetzes wünschenswerth ist, daß das Verfahren darüber, ob ein solches in Frage gestelltes Recht privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, möglichst vereinfacht wird und dieß wird durch den Abs. 2 des Art. 97 des Entwurfs erreicht, wenn derselbe diese Entscheidung einfach den Administrativbehörden zuweist. Ob dieß jedoch die Absicht des Gesetzesentwurfs war, wird allerdings durch die Worte ein „an sich anerkanntes“ Weiderecht ꝛc. zweifelhaft. In denjenigen Fällen, in welchen diese Frage, wie gezeigt, immer zuerst und in präjudizieller Weise hervortritt, wenn nämlich der Civilrichter wegen eines Streits über den Umfang oder das Bestehen eines Weiderechts angerufen wird, könnte nach diesen Worten der Abs. 3 keine Anwendung finden. Wenn aber das Weiderecht anerkannt, d. h. sein Bestehen und Umfang unbestritten ist, hat die Frage, ob es öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sey, entweder keine praktische Folge, wie bei den sogenannten Uebertriebsrechten (Art. 63), da in beiden Fällen die

Ablösung eintritt, oder kann dieselbe kaum bestritten seyn, da darüber, ob eine Weide als gemeinschaftliche und Gemeindeweide oder als auf fremdem Grund und Boden haftendes Recht unter Kap. II. oder Kap. VI. des Entwurfs fällt, [4] ein Streit nicht wohl denkbar ist. Jedenfalls werden diese Streitigkeiten zu den seltensten Fällen gehören.

Praktisch aber ist die erwähnte Frage immer, wenn das Bestehen oder der Umfang des Weide- oder Pferchrechts selbst im Streit liegt, weil sie in diesem Fall die Zuständigkeit bedingt.

Bei den Kulturbeschränkungen sodann ist mit der Entscheidung, daß sie öffentlich-rechtlicher Natur seyen, die Aufhebung derselben nach dem Entwurf von selbst ausgesprochen und es kann also, wenn ihre privatrechtliche Natur festgestellt ist, nur noch über den Umfang ein Streit entstehen. Wenn mithin nach dem bestehenden Recht der Civilrichter wegen Mangels an einem Privatrechtstitel sich zur Entscheidung über eine solche für unzuständig erklärt hätte, so wäre hiemit materiell die Kulturbeschränkung aufgehoben. Ebenso, wenn sich der Administrativrichter für zuständig erklären würde, und es käme mithin sehr häufig darauf an, welche Behörde zuerst angerufen würde.

Alle diese Verwicklungen werden am einfachsten beseitigt, wenn im Fall eines Streits die Entscheidung darüber, ob eines der in Frage stehenden Rechte als öffentliches Recht zur Kompetenz der Administrativbehörden oder als Privatrecht zur Kompetenz der Civilgerichte ge-

---

[4] Kapitel II. des Gesetzentwurfs handelt von „gemeinschaftlichen Weiden (Ausübung von den Gemeindegenossen durch gegenseitiges Befahren ihrer Grundstücke) und Gemeindeweiden“ (Verpachtung für die Gemeindekasse), Kap. VI. von der Ablösung der Weiderechte, welchen Bestimmungen die ebengenannten in Kap. II abgehandelten Weiden nicht unterworfen sind, sowie von Kulturbeschränkungen, für welche Entschädigung zu gewähren ist.

hört, den Administrativbehörden zugewiesen wird. Diese Zuweisung hat nichts Bedenkliches, wenn man erwägt, daß

1) in allen Fällen, in welchen die Administrativbehörde sich für die öffentlich-rechtliche Qualität der Rechte ausgesprochen hat und in welchen der Richter, wenn der Streit an ihn gebracht würde, im Widerspruch mit jenem Ausspruch sich für zuständig erklären würde, die Sache gleichfalls nur im Wege des Kompetenzkonfliktes entschieden werden könnte, d. h. auf Antrag des Geheimenraths, an welchen die Sache auch nach dem Gesetzesentwurf im Wege des Rekurses gelangt;

2) daß der Civilrichter, an welchen die Administrativbehörde den Streit verwiesen hat, gleichwohl im Widerspruch mit derselben zu dem Resultat kommen sollte, daß er unzuständig sey, wird nicht leicht zutreffen. Wäre dieß gleichwohl der Fall, so würde allerdings ein negativer Kompetenzkonflikt vorliegen. Allein immerhin ist durch dieses Verfahren die Möglichkeit der Kompetenzkonflikte vermindert, wenn nicht ganz beseitigt."

Hienach beantragt die Kommission in ihrer Mehrheit die Worte in Abs. 3: „seinem Bestehen und seinem Umfang nach an sich anerkanntes" zu streichen. Im Uebrigen ist diese Mehrheit mit Abs. 1 und 3 einverstanden.

Nach dieser von der Kommission beantragten Aenderung des Gesetzesentwurfs, wenn dieselbe zum Gesetz erhoben würde, könnte wenigstens kein Zweifel über den Grundsatz der Kompetenzabscheidung entstehen, wie solcher nach dem Entwurf nothwendig sich aufwerfen müßte. Auch läßt diese Begründung des Kommissionsantrags darüber keinen Zweifel, daß abgesehen von der Aenderung, nach welcher durch eine Entscheidung des Geheimeraths die öffentlich-rechtliche Natur eines Weiderechts ohne die Möglichkeit der Erhebung eines Kompetenzkonflikts durch Zuständigkeitserklärung des Civilrichters festgestellt werden könnte, durchaus das bestehende Recht, was auch die Absicht der beiden Entwürfe gewesen zu seyn scheint, erhalten bleiben soll. Doch wurde ein für

die Anwendung geeigneter Grundsatz über die Abscheidung der Kompetenz der Administrativ- und Justizbehörden auch nach diesem Antrag in dem Gesetz selbst nicht ausgesprochen.

Es ist daher noch immer die Aufgabe, diesen Grundsatz zu finden und der einfachste Weg hiezu ist selbstverständlich die Darstellung der in Uebung befindlichen Grundsätze, auf welche wir hiemit übergehen. Die Grundsätze der Kompetenzabscheidung, wie sie in Württemberg zur Zeit besteht, sind folgende: 1) Streitigkeiten über Weiderechte öffentlich-rechtlicher Natur gehören an sich vor die Administrativbehörden, 2) Streitigkeiten über das Daseyn privatrechtlicher Weiderechte vor den Civilrichter. Vor den Civilrichter gehört 3) unzweifelhaft auch jeder Streit über den Umfang der mit einem privatrechtlichen Weiderecht belasteten Fläche. 4) Was aber Streitigkeiten über die Anzahl der Weidestücke, mit welchen der Berechtigte einzuweiden befugt ist, über die offene und geschlossene Zeit, über das Verhältniß des Weiderechts zum Feldbau (Kulturbeschränkungen), über die Art und Weise der Ausübung der Weide (Austreiben durch einen gemeinschaftlichen Hirten und Einzelweiden, u. s. f.) betrifft, so können diese Streitigkeiten auch bei privatrechtlichen Weideservituten vor den Administrativrichter gehören, wenn dieselben durch die Anwendung allgemeiner polizeilicher Bestimmungen veranlaßt sind.[5] In allen andern Fällen aber, sey es, daß es überhaupt an einer allgemeinen polizeilichen Bestimmung zur Entscheidung des Streits fehlt, sey es, daß eine von diesen allgemeinen polizeilichen Vorschriften abweichende Befugniß behauptet oder bestritten wird, ist die Zuständigkeit durch die Frage be-

---

[5] Vgl. Geßler, Zur Frage der Administrativjustiz in der Tüb. staatswissenschaftlichen Zeitschrift 1862, S. 724. In wieweit die in Seufferts Archiv I. Nr. 13, 182 und 320 mitgetheilten Fälle von gerichtlichen Entscheidungen über das Verhältniß des Weiderechts zu der Forstkultur hievon abweichen, läßt sich aus der Mittheilung nicht entnehmen.

stimmt, ob für diese Abweichung sich auf eine Quelle des öffentlichen Rechts (Ortsstatut, lokale Polizeiverfügungen, örtliches Herkommen) oder auf einen Privatrechtstitel (Vertrag, Verleihung, Ersitzung) berufen wird, wobei allerdings bei der zweiseitigen Natur einzelner dieser Rechtsquellen die Kompetenzfrage eine verschiedene Beurtheilung erfahren kann und sehr häufig, sofern wenigstens ein Privatrecht behauptet ist, die Kompetenzentscheidung eine materielle Prüfung voraussetzt.[6] Abgesehen nun von den unter Z. 4 fallenden Fällen, welche eine besondere Erörterung erfordern, ist hiernach die Aufgabe nur die, festzustellen, welche Weiderechte öffentlich rechtlicher und welche privatrechtlicher Natur sind.

Man muß, um zu einem sichern Resultat hierüber zu gelangen, folgende Fälle unterscheiden:

I. Das Recht, auf eigenem Grund und Boden zu weiden, ist ein Ausfluß des Eigenthums und deßhalb an sich stets privatrechtlicher Natur.[7] Allein der Eigenthümer kann hierin durch allgemeine polizeiliche, durch die Rücksicht auf die übrigen Grundeigenthümer veranlaßte Vorschriften oder durch Rechte Dritter beschränkt seyn. Das erste trifft überall, das zweite sehr häufig zu. Sofern nun ein Streit durch allgemeine polizeiliche Bestimmungen veranlaßt ist, fällt derselbe der Kompetenz der Administrativbehörde anheim. Im Fall der behaupteten Beschränkung durch ein entgegenstehendes Recht eines Dritten entscheidet über die Kompetenz die Natur dieses Rechts des Dritten.

II. Das Recht, auf fremdem Grund und Boden zu weiden, kommt in folgenden Formen vor:

1) Als das Recht Eines oder mehrerer Grundbesitzer vermöge eines bestimmten Grundbesitzes nicht nur ausschließlich sein eigenes Gut, sondern auch fremde Grundstücke derselben Markung, zu welcher das herrschende Gut gehört, seye dieß individuell bezeichnete, oder alle Güter dieser Markung

[6] Vgl. dieses Archiv II. S, 9, 26, III. S. 159, insbesondere V., S. 235, Seuffert, Archiv I. Nr. 14.

[7] Vgl. Seuffert, Archiv VII. Nr. 272.

und zwar unter Ausschluß der Besitzer der dienenden Fläche zu beweiden.

2) Als dasselbe Recht Eines oder mehrerer Grundbesitzer, nur mit dem Unterschied, daß der dienende Grund und Boden zu einer fremden Markung gehört. (Uebertriebsrecht.)

3) Als das Recht Eines oder mehrerer Gutsbesitzer neben dem ausschließlichen Weiderecht auf seinem Gut ein Weiderecht auf fremden Grundstücken, sey es einzelnen oder allen Gütern einer bestimmten Markung neben den Eigenthümern oder Markungsgenossen auszuüben.

4) Ein Weiderecht auf fremdem Grund und Boden kommt in einzelnen Landestheilen auch als persönliches, frei veräußerliches Recht Einzelner vor.[8]

5) Der häufigste Fall des Weiderechts auf fremdem Grund und Boden ist endlich, wie aus der im Eingang gegebenen statistischen Darstellung hervorgeht, das einer Gemeinde als Korporation oder der Gesammtheit der Markungsgenossen zustehende Recht. Hiebei sind aber wiederum folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Das Recht einer Gemeinde zur Beweidung eines fremden individuell bezeichneten Grundbesitzes, ohne daß der Besitzer desselben ein Weiderecht auf der Markung der berechtigten Gemeinde hätte. Dieß ist der gewöhnliche Fall der Waldweideservituten.

b) Das Recht der Gemeinde (der Gesammtheit der Markungsgenossen) ein Weiderecht auf einer fremden Markung oder auf mehreren fremden Markungen oder einem Theil

---

[8] Dieses Archiv V., S. 416, insbes. N. 3. Tafel, Civilrechtssprüche III. S. 255. Nach römischem Recht war ein solches persönliches Recht als ein vererbliches und der Substanz nach veräußerliches Recht nicht denkbar, da es als persönliche Servitut mit dem Tode des Berechtigten erlöschen würde. In der Regel haben diese Rechte wohl auch ursprünglich auf einem Grundbesitze aktiv geruht, von welchem sie durch besondere Rechtsakte später getrennt wurden oder sind sie aus bloßen Obligationsverhältnissen hervorgegangen.

derselben einseitig oder gegenseitig auszuüben. (Uebertriebsrecht.)

c) Das Kommunweiderecht im eigentlichen Sinn, vermöge dessen die Markungsgenossen, sey es als Einzelne, sey es durch die Gemeinde als Markungsinhaberin die Weide auf den Gemeindegründen (Allmand) oder neben diesen oder ohne solche auf ihren Grundstücken gegenseitig ausüben. [9]

Bezüglich dieser unter II. aufgeführten Fälle steht nun so viel fest, daß alle Berechtigungen auf fremdem Grund und Boden zu weiden, soweit sie nicht aus dem Markungsverband folgen, also alle unter Z. II. 1—4 und 5 a aufgeführten Rechte, privatrechtliche Servituten sind, über deren Daseyn und Umfang vorbehältlich der oben unter Z. 4 erwähnten einzelnen Fragen der Civilrichter zu erkennen hat. [10]

Auf der andern Seite steht nach württembergischem Recht [11] fest, daß ein Kommunweiderecht, d. h. ein solches, welches lediglich auf den Gemeinde- und Markungs-

---

[9] In der Note 2 erwähnten Entscheidung des Obertribunals ist ausgesprochen, daß sich „die Communweiderechte, welche nicht bloß auf die eigentlichen Gemeindegründe, sondern auch auf die Sondergüter der Einzelnen sich erstrecken, in Württemberg, namentlich im alten Lande, zu einem Korporationsrechte entwickelt haben." Seuffert, Archiv VII., S. 271.

[10] Bei den Waldweidesevituten kann allerdings in den Fällen, in welchen sie von der Landesherrschaft an Unterthanen eingeräumt sind, der Zweifel entstehen, ob sie nicht vermöge dieses Entstehungsgrunds gleichfalls dem öffentlichen Recht angehören. Doch wird außer dem Fall der precären Verleihung, welcher nicht hieher gehört, diese Frage zu verneinen seyn und auch, wie dem Verfasser bekannt, da, wo ein unwiderrufliches Recht feststeht, die Zuständigkeit des Civilrichters sowohl von der Partei als von dem Richter angenommen. Ebenso versteht es sich, daß obgleich ein solches Weiderecht der Gemeinde ein Privatrecht ist, gleichwohl die Frage über die Theilnahme der Einzelnen an dieser Gemeindenutzung wiederum eine öffentlich-rechtliche ist.

[11] Vergl. oben Note 2.

verband gestützt wird, öffentlich rechtlicher Natur ist, und daß alle Streitigkeiten hierüber der Regel nach vor den Administrativrichter gehören. Von dieser Regel bildet nur der Fall eine Ausnahme, wenn die Freiheit eines Grundstücks von diesem Kommunweiderecht oder eine relative Bevorzugung desselben oder einzelner Gemeindegenossen vor den übrigen in irgend einer Richtung auf einen besondern Privatrechtstitel gestützt ist, als welcher aber selbstverständlich die bloße Berufung auf das Eigenthum eben deßhalb nicht erscheint, weil alle Grundstücke der Markung den Markungslasten unterworfen sind. In einem solchen Fall ist die Zuständigkeit des Civilrichters begründet, obwohl das Weiderecht selbst, welches den Streit veranlaßt hat, ein öffentlich-rechtliches ist.

Uebrigens ist hier hervorzuheben, das das Kommunweiderecht keineswegs ein wesentliches Attribut des Markungsrechts ist. Das Weiderecht ist nicht nothwendig in dem Markungsrecht enthalten. Aber wo dasselbe auf keinen andern Rechtsgrund, als auf das Markungsrecht gestützt wird, ist dasselbe ein Kommunweiderecht öffentlich rechtlicher Natur und erstreckt sich im Zweifel auf alle Güter der Markung.[12] Ein Streit über das Daseyn eines solchen wird daher zu den seltenen Fällen gehören, ist aber nicht unmöglich und fällt allerdings mit dem Streit über seinen Umfang zusammen, wenn die Frage bestritten ist, ob ein bestimmtes Feld zu einer bestimmten Markung gehört. — Eine Befreiung von diesem Kommunweiderecht und das Recht auf eine exceptionelle Behandlung Einzelner in andern Beziehungen muß durch einen besondern Titel erworben werden und es wäre daher nur konsequent, wird aber nicht allgemein in Würtemberg anerkannt werden, daß diese Befreiung nur als

---

[12] Vergl. Note 9, insbesondere die bei Seuffert, Archiv VII. Nr. 271 ff. mitgetheilte Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Jena, vom 13. Februar 1844 und die folgende Entscheidung des K. Geheimenraths vom 22. August 1861.

Privatrecht denkbar, also nur von dem Civilrichter zuzuerkennen ist.

Aus diesen Prämissen endlich ergibt sich von selbst die Entscheidung für den letzten noch nicht erörterten Fall, die Behauptung einer der Gemeinde als solcher, sey es einseitig, sey es gegenseitig zustehenden Weidegerechtigkeit auf einer oder mehreren fremden Markungen oder einem Theil derselben. (II. Z. 5 lit. b.)

Daß in diesem Fall, obgleich das beanspruchte Recht der Gemeinde (Markungsgenossenschaft) gegen eine andere Gemeinde (Markungsgenossenschaft) zusteht, nicht das Markungsrecht die Quelle des Weiderechts ist, folgt aus dem obigen Satz, daß das Kommunweiderecht dasjenige ist, welches auf den Markungsverband gestützt wird. Es kann also ein Grundstück, welches nicht zu dem Markungsverband gehört, diesem Kommunweiderecht niemals unterliegen und umgekehrt kann ein Weiderecht auf ein solches niemals auf den Markungsverband gestützt werden, woraus folgt, daß solche der Gemeinde auf einer fremden Markung zustehende Uebertriebsrechte nur als Privatrechte denkbar sind, d. h. entweder nicht bestehen oder nur vor dem Civilrichter verfolgt werden können. Dieß ist es, was die nachfolgende Entscheidung des K. Geheimenraths ausgesprochen hat und womit zugleich ein interessantes Präjudiz dahin gegeben ist, daß ein Grundstück, welches bei der Regulirung der Markungsgrenze von einer Markung zur andern geschlagen wird, hiemit von selbst aufhört, dem Weiderecht der ersten Gemeinde zu unterliegen, wofern dasselbe auf Nichts Anderes als das Markungsrecht gestützt ist.

Nach vorstehenden Ausführungen wird sich folgende Fassung des Art. 97 des Entwurfs des Gesetzes betreffend die Ausübung und Ablösung der Weiderechte empfehlen:

> Entsteht Streit über das Bestehen und den Umfang eines Weide- oder Pferchrechts, so haben hierüber, insoweit dasselbe auf den Gemeinde- oder Markungsverband gestützt wird, die Verwaltungsjustizbehörden,

in allen andern Fällen die Gerichte zu entscheiden. Doch haben auch im ersten Fall die Gerichte wegen Schadenersatzes in Folge der Uebertretung von kulturpolizeilichen Beschränkungen, insoweit nicht im Feldpolizeistrafgesetz eine Ausnahme begründet ist, sowie wegen auf den Grund besonderer privatrechtlicher Titel in Anspruch genommener Abweichungen von kulturgesetzlichen Bestimmungen, insbesondere wegen auf einen besondern Privatrechtstitel gegründeter Befreiung eines Grundstücks von dem Kommunweiderecht zu entscheiden.

Alle sonstigen Streitigkeiten, welche sich über die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes, insbesondere darüber erheben, ob ein an sich anerkanntes Kulturbeschränkungsrecht öffentlich rechtlicher Natur sey oder nicht, unterliegen der Entscheidung der Administrativbehörde.

Auf diese Weise würde nicht nur das bestehende Recht, wie es sich durch die Praxis aus den allgemeinen Prinzipien entwickelt hat, unverändert erhalten, sondern dasselbe zugleich materiell in der Weise fixirt, daß für die Unterscheidung zwischen den Weiderechten öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Natur ein keiner verschiedener Auslegung und Anwendung fähiger Grundsatz vom Gesetz ausgesprochen würde.

Zur Bestätigung und weitern Beleuchtung dieser Ausführung folgt hier ein in letzter Instanz durch Beschluß des K. Geheimeraths vom 22. August 1861 entschiedener Rechtsfall, welcher ein besonderes Interesse durch die prinzipielle Begründung der Entscheidung des K. Geheimenraths gewährt und dessen Veröffentlichung zumal bei der ziemlich magern Ausbeute der juristischen Litteratur in dieser Lehre keiner besondern Rechtfertigung bedürfen wird.

Die Gemeinde Oberjettingen hatte bis zum Jahre 1842 das Recht der Besteuerung einer — auf der Markung Emmingen gelegenen Fläche von 69⁷/₈ M. 37,6 R., welche in

Lehenhöfe nach Oberjettingen Zinse und Gülten gereicht haben. Unter dem 31. August 1842 kam zwischen beiden Gemeinden ein — unter dem 4. April 1843 von der zuständigen K. Regierung für den Schwarzwaldkreis genehmigtes Uebereinkommen dahin zu Stande, daß die Gemeinde Emmingen das Markungsrecht von $68^{7}/_{8}$ M. 46,2 R. ohne Geldentschädigung und von $4^{3}/_{8}$ M. 42,4 R. gegen eine Entschädigung von 26 fl. an die Gemeinde Oberjettingen abgetreten hat.

Schon vor diesem Uebereinkommen haben beide Gemeinden die abgetretene Fläche mit ihren Schafheerden beweidet, ohne daß sich über den Rechtsgrund dieses gegenseitigen Beweidens eine spezielle Thatsache hätte erheben lassen. Das über die Ausgleichung der Markungsgrenze getroffene Uebereinkommen erwähnt dieses Verhältniß nicht. Ausgehend davon, daß das der Gemeinde Emmingen bis 1842 zugestandene Weiderecht ein Ausfluß des Markungsrechts derselben gewesen sey, hat der Gemeinderath von Oberjettingen dasselbe mit dem Uebergang der Fläche an die Markung Oberjettingen für erlöschen erklärt, der Gemeinderath von Emmingen dagegen das Fortbestehen des Weiderechts auf jener Fläche behauptet, da er sich desselben nicht begeben habe. Einige andere Einwendungen gegen jene aus dem Uebereinkommen vom 4. April 1843 gezogene Konklusion der Gemeinde Oberjettingen kommen hier nicht in Betracht und es ist nur noch anzufügen, daß von Seite der Gemeinde Emmingen nicht bestritten wurde, daß das bisher auf den bestrittenen Gütern ausgeübte Weiderecht ein Ausfluß des Markungsrechts gewesen ist, und daß dieselbe auch einen privatrechtlichen Titel hiefür nicht behauptet hat.

Auf die deßhalb von der Gemeinde Oberjettingen angestellte negatorische Klage, welche zuerst bei dem Civilrichter angebracht, von diesem aber zurückgenommen und bei dem K. Oberamt Herrenberg eingereicht wurde, hat das letztere den 9. September 1859 unter Anerkennung seiner Kompetenz, da der Streitgegenstand dem öffentlichen Rechte ange-

höre, in Betracht, daß der Vorbehalt des Weiderechts abgesehen davon, daß er nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 9. April 1828 Art. 13 gar nicht zulässig gewesen wäre, nirgends gemacht worden sey und daher dafür angenommen werden müsse, daß mit dem Markungsrecht auch das Weiderecht der Gemeinde Emmingen auf die Gemeinde Oberjettingen übergegangen sey, erkannt, es stehe der Gemeinde Emmingen ein Weidrecht mit ihren Schafen auf dem durch Vertrag vom 31. August 1842 an die Gemeinde Oberjettingen abgetretenen Markungstheil nicht mehr zu, vielmehr sey solches als Ausfluß des Markungsrechts mit diesem an letztere Gemeinde übergegangen und habe die Gemeinde Emmingen die durch diesen Streit erwachsene Sportel im Betrag von 3 fl. allein zu tragen, die sonst aufgewendeten Kosten aber jeder Theil auf sich zu leiden.

Auf die hiegegen an die K. Kreisregierung von der Gemeinde Emmingen ergriffene Berufung hat die K. Kreisregierung unter dem 13. April 1860 folgendes verfügt:

„Die oberamtliche Entscheidung, indem sie der Gemeinde Emmingen das Recht der ferneren Beweidung einer in die Markung von Oberjettingen abgetretenen Fläche von Privatgütern abspricht, geht davon aus, daß diese Kommune die Weide kraft des Markungsrechtes ausgeübt, die Weide also auch mit dem Markungsrechte verloren habe, weil sie sich solche nicht vorbehalten habe, übrigens sich auch nach dem Art. 13 des Schäfereigesetzes gar nicht hätte vorbehalten dürfen.

Was den letzteren Grund betrifft, so hat der Art. 13 des Gesetzes, welcher nur Schafweidedienstbarkeiten verbietet und demgemäß den Vorbehalt des Weiderechts auf einem veräußerten Gute untersagt, auf den gegenwärtigen Fall keinen Bezug, wo die Gemeinde Emmingen kein in ihrem Eigenthum befindliches Gut veräußert hat und wo auch keine neue Dienstbarkeit auf die betreffenden Grundstücke, die ja schon bisher von beiden Gemeinden beweidet worden sind, bestellt werden will.

Was aber den ersteren Grund betrifft, so besagt weder ein Gesetz, daß die Gemeindeweiderechte in ihrem extensiven Umfange nach der Markungsgrenze bestimmt werden, noch kann behauptet werden, daß absolut in dem rechtlichen Begriffe des Gemeindemarkungsrechtes das Gemeindeweiderecht auf den Markungsobjekten eo ipso enthalten sey als ein Bestandtheil und als Konsequenz des Markungsrechtes. Mag auch das geographische Gebiet des Markungsrechtes häufig mit dem Weidegebiet zusammenfallen, so ist doch damit ein rechtlich nothwendiger Zusammenhang der beiderlei Rechte der Markung und der Weide in dem angeführten Sinne nicht dargethan und es ist damit auch nicht einmal das, daß ein solcher Zusammenhang wenigstens als Regel zu präsumiren sey, dargethan.

Im vorliegenden Falle ist überdies die Weide auf dem fraglichen Distrikte zwischen zwei Gemeinden, zwei Markungsinhaberinnen bisher gemeinschaftlich gewesen, es hat sich also Weiderecht und Markungsrecht in diesem Falle nicht einmal rein gedeckt nnd es wäre darum um so mehr nothwendig gewesen, nachzuweisen, daß nach der besonderen konkreten Beschaffenheit des Falles eine rechtliche Abhängigkeit des Weiderechtes vom Markungsrecht z. B. in Folge besonderer Stipulationen bestehe, was aber nicht einmal behauptet worden ist.

Hienach wird unter Aufhebung der oberamtlichen Entscheidung vom 9. September v. J. erkannt, daß die Gemeinde Emmingen durch den Umstand der Abtretung des Markungsrechtes an dem in Frage befangenen Distrikte nicht gehindert sey, ihr auf den Gütern dieses Distrikts sonst zustehendes Weiderecht auszuüben. Die Sportel, welche auf 8 fl. gesetzt wird, haben beide Theile je zur Hälfte zu bezahlen und ihre Kosten je auf sich zu nehmen."

Die hiegegen bei dem K. Ministerium des Innern erhobene Beschwerde wurde vorzüglich darauf gestützt, daß überhaupt nur ein auf den Markungsverband und das Markungsrecht gestütztes Weiderecht öffentlich rechtlicher Natur

sey, mithin ein auf fremder Markung beanspruchtes Weiderecht einer Gemeinde überhaupt nur als Privatrecht denkbar sey, woraus von selbst folge, daß dasselbe von dem Administrativrichter abzuweisen und seine Verfolgung auf den Civilrechtsweg zu verweisen sey.

Hierauf hat das K. Ministerium des Innern vermöge Erlasses an die Kreisregierung vom 11. März 1861 die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen und die Gemeinde Oberjettingen zur Bezahlung der Sportel von 10 fl. und zum Ersatz der in der Instanz des Ministeriums des Innern erwachsenen Kosten unter Anfügung folgender Gründe verurtheilt:

I. „Die Einsprache gegen die Zuständigkeit der Administrativbehörden zu den ertheilten Entscheidungen mußte abgesehen davon, daß die Gemeindebehörde von Oberjettingen von dem anfänglich betretenen Privatrechtswege wieder abgegangen ist und eine Entscheidung der Administrativbehörden darüber verlangt hat, ob die Gemeinde Emmingen der bisher neben der Gemeinde Oberjettingen geübten Schafweide auf den in Folge Vertrags vom 31. August 1842 von ihrer Markung getrennten und in die Markung von Oberjettingen übergegangenen Gütern verlustig geworden sey, für unbegründet angesehen werden, weil das Markungsverhältniß mit den daraus sich ergebenden Folgen dem öffentlichen Rechte angehört und von Seiten der Gemeinde Oberjettingen ein anderer Grund, aus welchem sie sich als die alleinige Inhaberin der Schafweide auf den bezeichneten Gütern ansehen zu dürfen glaubte, als der ihres Markungsrechtes, nicht geltend gemacht wurde. Uebrigens ist die Gemeinde Oberjettingen durch die ergangenen Erkenntnisse der Administrativbehörden nicht gehindert, den ordentlichen Rechtsweg wieder zu betreten, falls sie glaubt, daß der Gemeinde Emmingen die Beweidung der fraglichen Grundfläche aus privatrechtlichen Gründen untersagt werden könne.

II. In materieller Beziehung war in Betracht zu ziehen:

1) daß, was schon in dem Erkenntnisse der Kreisregierung hervorgehoben ist, das Weiderecht einer Gemeinde aus dem Markungsrechte noch nicht hervorgeht, indem keine gesetzliche Vorschrift besteht, welche dem Markungsinhaber Weiderechtsbefugnisse verleiht;

2) daß, wenn auch das Weiderecht der Gemeinde Emmingen seiner Zeit aus der Markungsgenossenschaft hervorgegangen seyn sollte, was übrigens durch die produzirten Urkunden nicht erwiesen worden ist, dieses Recht, nachdem es einmal seit unvordenklicher Zeit bestanden hat, durch eine Aenderung in den Markungsverhältnissen nicht ohne Weiteres zum Wegfall gebracht werden könnte;

3) daß die Gemeinde Oberjettingen durch das Markungsrecht kein Weiderecht erworben hat, daher nicht diese Gemeinde, sondern nur die Gesammtheit der Eigenthümer der der Weide unterworfenen Grundstücke es wäre, der denkbarerweise eine Einsprache gegen die Fortsetzung der Weide von Seiten der Gemeinde Emmingen zustehen könnte;

4) daß die von der Gemeindepflege in Oberjettingen aufgestellte Behauptung, es habe sich die Gemeinde Emmingen schon vor dem Vertrage vom Jahre 1842 bei der Beweidung der fraglichen Grundstücke im Unrechte befunden, jeder Begründung ermangelt, indem die Urkunden, auf welche sich Oberjettingen beruft, zwar darthun, daß Oberjettingen schon vor dem Vertrag vom Jahre 1842 die Fläche, über welche jetzt gestritten wird, beweiden durfte, daß aber hieraus eine Unrechtmäßigkeit der von Emmingen geübten Mitbeweidung dieser damals in *ihrer Markung* gewesenen Fläche nicht hervorgeht;

5) daß endlich die in den produzirten Urkunden weiter enthaltene Bestimmung, „Emmingen habe keine Zufahrt auf Oberjettingen,“ für die Beurtheilung des vorliegenden Streites ohne Bedeutung ist, indem hiebei keine Weideflächen in Frage stehen, die zu den Zeiten, aus welchen jene Urkunden herrühren, in Oberjettinger Markung sich befinden.“

Die Gemeinde hat hierauf weiter Beschwerde an den

K. Geheimerath erhoben und in derselben ausgeführt, daß

1) die Fassung der Entscheidung der K. Kreisregierung, welche von dem Ministerium des Innern lediglich bestätigt wurde, wonach die Gemeinde Emmingen durch den Vertrag von 1842 nicht gehindert sey, das Weiderecht auf den in Frage stehenden Gütern auszuüben, unter allen Umständen schon deßhalb unrichtig sey, weil über die Frage, um deren Entscheidung gebeten worden, ob die Gemeinde Emmingen das Recht habe, die fraglichen Güter zu beweiden, mit jener negativen Erklärung nicht entschieden sey. Daraus, daß die Gemeinde Emmingen durch den Vertrag von 1842 nicht gehindert sey, einzuweiden, folge noch nicht, daß sie hiezu berechtigt sey, und eben hierüber sey eine Entscheidung verlangt worden.

2) Zur Sache selbst wird ausgeführt, daß der an sich unzweifelhafte Satz, daß in dem Markungsrecht nicht von selbst das Weiderecht enthalten sey, deßhalb für den vorliegenden Streit Nichts entscheide, weil nicht über das Weiderecht der Gemeinde Oberjettingen als Markungsinhaberin, sondern nur über das Recht der Gemeinde Emmingen, welche kein Markungsrecht auf die fraglichen Güter habe, gestritten worden, da die angestellte Klage nicht die konfessorische, sonder die negatorische sey.

3) Im Uebrigen wird der früher aufgestellte Grundsatz über Weiderechte auf fremder Markung weiter ausgeführt.

Hierauf hat der K. Geheimerath unter dem 21. August 1861 den Beschluß gefaßt:

„unter Abänderung der Erkenntnisse des K. Ministeriums des Innern vom 11. März 1861 und der Regierung des Schwarzwaldkreises vom 13. April 1860 zu erkennen, daß der Gemeinde Emmingen dasjenige auf dem Markungsverhältnisse beruhende Weiderecht mit Schafen, welches sie bis zu Abschluß des Vertrags vom 31. August 1842 auf dem durch diesen Vertrag an die Gemeinde Oberjettingen abgetretenen Theile ihrer Markung ausgeübt hat, nicht mehr zustehe, unter dem Vorbehalt für die Gemeinde Emmingen, einen etwa aus der Gestattung fernerer Mitbeweidung der

streitigen Fläche seit 1842 abzuleitenden Anspruch auf ein Recht dieser Mitbeweidung, als auf ein Uebertriebsrecht auf eine fremde Markung, vor dem Civilrichter zu verfolgen; daß ferner jeder der streitenden Theile die in sämmtlichen Instanzen von ihm aufgewendeten Kosten ohne Ersatz auf sich zu leiden, auch an den Sporteln aller Instanzen, welche für die gegenwärtige Instanz auf fünfzehn Gulden festgestellt werden, die Hälfte zu tragen habe.

Die Gründe — soweit sie ein allgemeines Interesse haben und hierher gehören, sind folgende:

I. Als feststehend ist (nach einer Ausführung über die Auslegung verschiedener Urkunden) anzunehmen, einmal, daß der Gemeinde Emmingen bis zu Vollziehung des Vertrags vom 31. August 1842, durch welchen sie das Markungsrecht über die in dem Vergleiche vom 9. Juni 1717 genannten Hof- und Lehengüter an Oberjettingen abgetreten hat, ein Recht der Mitbeweidung der jetzt streitigen Fläche zugestanden ist, sodann aber auch, daß dieses Recht seinen Grund und Ursprung in einer Gemeindeschäferei-Gerechtigkeit gehabt hat, welche der Gemeinde Emmingen auf sämmtlichen Grundstücken ihrer Markung eben nur darum, weil sie in der Gemeindemarkung lagen, zustand und die Grenze dieser unzweifelhaft in dem Markungsverbande wurzelnden Gemeindeschäfereigerechtigkeit der Emminger, wie sie bis August 1842 bestand, hat sich mit der Grenze ihrer Markung, soviel die Akten ergeben, vollkommen gedeckt.

Die Feststellung des Rechtsverhältnisses vor dem Vertrage von 1842 bedingt nicht nur die Beantwortung der Frage nach der Zuständigkeit der Verwaltungsjustizstellen, sondern sie ist auch für die materielle Würdigung der Streitverhältnisse von Bedeutung.

II. Die Gemeinde Oberjettingen hat die Negatorienklage gegen Emmingen angestellt und dieselbe darauf gerichtet, daß die Beklagte zu fernerer Mitbeweidung derjenigen Fläche, welche durch den Vertrag vom 31. August 1842 aus der Markung von Emmingen in diejenige von Oberjet-

tingen übergegangen war, nicht berechtigt sey. Die Klage ist darauf gestützt worden, daß das früher bestandene Mitweiderecht der Beklagten, als ein lediglich aus dem Markungsverbande abgeleitetes, von dem Zeitpunkte an nicht mehr habe bestehen können, wo der fragliche Weidedistrikt aufgehört habe, einen Bestandtheil der Markung der Beklagten zu bilden, weil von nun an die Klägerin allein berechtigt geworden sey. Die Beklagte aber hat, ohne einen privatrechtlichen Titel für das ihr abgestrittene Weiderecht geltend zu machen, oder die thatsächlichen Grundlagen der Klage in Abrede zu stellen, nur die Richtigkeit der daraus gezogenen Folgerungen widersprochen und so war lediglich die Rechtsfrage bestritten, ob das innerhalb der Grenzen einer Markung und kraft des Markungsverhältnisses ausgeübte Weiderecht einer Gemeinde in der Art wesentlich durch das Innehaben der Markung bedingt sey, daß es mit einer Entäußerung des Markungsrechtes auf der von der Markung ausgeschiedenen Fläche für die des Markungsrechtes sich begebende Gemeinde von selbst zu bestehen aufhöre oder nicht?

Daß die Entscheidung dieser Streitfrage rein durch die Anwendung öffentlicher Normen bedingt ist, kann einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen, es ist daher die Zuständigkeit der Verwaltungsjustizstellen für den vorliegenden Fall nicht zu beanstanden.

III. Was nun jene Entscheidung selbst betrifft, so muß die dem Erkenntnisse des Oberamts Herrenberg vom 9. September 1859 zu Grund liegende Ansicht, daß ein lediglich auf dem Markungsverbande beruhendes Recht einer Gemeinde, eine gewisse Fläche zu beweiden, für diese Gemeinde nur so lange bestehen kann, als jene Fläche auch wirklich einen Bestandtheil ihrer Markung bildet, als die in der Natur des Verhältnisses an sich begründete anerkannt werden. Ist das Gemeindeweiderecht wirklich der reine Ausfluß des Markungsrechts gewesen, hat sich die betreffende Gemeinde das Recht, jene bestimmte Fläche mit ihrem Vieh zu befahren, in der That aus keinem

andern Grunde zugeschrieben und zuschreiben können, als weil es die bei ihr hergebrachten und bestehenden Weideeinrichtungen mit sich bringen, daß alles innerhalb der Gemeindemarkung liegende Feld der Gemeindeweide unterliegt, so fällt damit, daß eine gewisse Fläche aufhört, innerhalb der Gemeindemarkung zu liegen, der alleinige Grund der bisherigen Ausübung des Gemeindeweiderechts und damit dieses nur als ein Accessorium des Markungsrechtes in Betracht kommende Recht selbst hinweg; und wenn auch Nichts dagegen zu erinnern wäre, daß eine Gemeinde, wenn sie einen Theil ihrer mit dem im Markungsverhältnisse wurzelnden Gemeindeweiderechte behafteten Markung an eine andere Gemeinde abtritt, ihr bisheriges Markungsweiderecht als Uebertriebsrecht auf fremder Markung sich vorbehalten wollte, wenn insbesondere der auf den vorliegenden Fall nicht passende Art. 13 des Schäfereigesetzes vom 9. April 1828 einem solchen Vorbehalte nicht entgegenstände, so versteht sich doch derselbe keineswegs von selbst; er müßte, um ein Uebertriebsrecht zu begründen, von der ihre Markung abtretenden Gemeinde ausdrücklich gemacht und von ihrer Mitkontrahentin angenommen worden seyn, was im vorliegenden Falle bei Abschluß des Vertrags vom 31. August 1842 unbestritten nicht geschehen ist.

Der Satz, das Weiderecht einer Gemeinde gehe aus dem Markungsrecht noch nicht hervor, indem keine gesetzliche Vorschrift bestehe, welche dem Markungsinhaber Weidebefugnisse verleihe, läßt sich gegen die Gemeinde Oberjettingen nicht geltend machen. Denn dieselbe ist nicht in der Lage, aus ihrem Markungsrecht ein Weiderecht überhaupt für sich abzuleiten. Die Gemeinde Oberjettingen hatte überhaupt gar nicht nöthig, darauf zu klagen, daß ihr ein Weiderecht auf der streitigen Fläche erst eingeräumt werde, ihr Recht, diese Fläche zu beweiden, steht als ein vor wie nach 1842 durchaus unbestrittenes da, sie klagt vielmehr darauf, daß Emmingen

nicht berechtigt sey, jene Fläche neben ihr zu beweiden, und auch diesen Anspruch auf Ausschließung der Gemeinde Emmingen von der Weide stützt sie nicht auf ihr Markungsrecht, sie behauptet vielmehr, Emmingen sey nicht mehr weideberechtigt, weil die streitige Fläche nicht mehr in die Emminger Markung gehöre, und der alleinige Grund des früheren Weiderechts dieser Gemeinde in deren im Jahr 1842 aufgegebenem Markungsrechte gelegen gewesen sey. Die so begründete Klage läßt sich auch nicht damit widerlegen, daß es rechtlich an sich wohl zuläßig sey, daß eine Gemeindeweide auf fremder Markung ausgeübt werde.

Da endlich das längst vor dem Vertrage von 1842 bestandene Weiderecht der Gemeinde Oberjettingen auf den in Frage stehenden Distrikten dieser Gemeinde, wie in Ermanglung jeder gegentheiligen Andeutung oder Behauptung angenommen werden muß, als Gemeindeweiderecht zustand, so kann ihren Vertretern auch die Befugniß nicht abgesprochen werden, gegen eine Beschränkung dieses Gemeinderechts durch das Mitbeweiden Seitens ihrer Gegnerin Namens der Gemeinde klagend aufzutreten.

IV. Während dem Vorstehenden zufolge das von der Gemeinde Emmingen bis 1842 als Ausfluß des Markungsrechts auf eigener Markung ausgeübte Weiderecht auf der streitigen Fläche, vom Standpunkte des öffentlichen Rechts aus betrachtet, als mit der Abtretung des erstgenannten Rechtes an die Gemeinde Oberjettingen erloschen zu erklären ist, so fragt sich zwar noch, ob nicht die Gemeinde Emmingen das Recht der Mitbeweidung jener Fläche als ein Uebertriebsrecht auf fremder Markung dadurch erworben hat, daß sie auch nach Abschluß des Vertrags von 1842 noch 15 Jahre lang, wie sie behauptet, ohne Unterbrechung und ohne wesentliche Einsprache Seitens der Gemeinde Oberjettingen die fragliche Fläche mitbeweidet hat. Die Beantwortung dieser Frage

liegt jedoch außerhalb der Grenzen der Zuständigkeit der Verwaltungsjustizstellen. Denn nach Gestalt der Sache ließe sich als Titel für eine solche Rechtserwerbung nur die erwerbende Verjährung bestimmter Zeit denken, ein Titel, welcher, da der Grund der Ausübung des nunmehrigen Uebertriebsrechts auf fremder Markung so wenig in einem öffentlich rechtlichen Verhältnisse wurzelt, daß sie vielmehr erst mit dem Zeitpunkte der Auflösung eines solchen Verhältnisses und in Folge dieser Auflösung begonnen hat, nur vor dem Civilrichter geltend gemacht werden könnte, dessen Anrufung der Gemeinde Emmingen immerhin freigestellt bleiben muß.

II.

Fragmente.

1) Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Wechselsachen mit Bemerkungen.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Zu Art. 1 der a. d. W.-O.

1) Wechselfähigkeit der Ehefrauen. Deren Nachweis gehört zur Begründung der Klage.

Nach den Bestimmungen des württembergischen Landrechts ist der Ehemann, wenn nicht ein die landrechtlichen Bestimmungen abändernder Ehevertrag in der Mitte liegt, der gesetzliche Verwalter des beiderseitigen Vermögens der Ehegatten, und soweit dieses Verwaltungsrecht des Ehemanns sich erstreckt, kann eine verheirathete Frau ohne dessen Beistimmung in Beziehung auf ihr Vermögen keine vertragsmäßige Verbindlichkeit giltig übernehmen. In Folge dessen kann eine Ehefrau, welche zur Eingehung von verpflichtenden Verträgen der Einwilligung ihres Ehemanns bedarf, auch eine wechselmäßige Verpflichtung nur unter Genehmigung ihres Ehe-

manns eingehen. Wird daher gegen eine Ehefrau auf den Grund einer von ihr eingegangenen Wechselverpflichtung geklagt, so hat der Wechselkläger zu Begründung seiner Klage nachzuweisen, daß der Ehemann zur Uebernahme der Wechselverbindlichkeit durch die Ehefrau seine Einwilligung ertheilt hat, oder daß nach den unter den Eheleuten bestehenden besonderen Vertragsverhältnissen jene Einwilligung zur Giltigkeit der Wechselverpflichtung der Ehefrau nicht erforderlich war. Denn nur in diesen beiden Fällen liegt eine giltige Wechselverbindlichkeit der Ehefrau vor; daß die Verbindlichkeit, aus welcher geklagt wird, eine giltige sey, hat aber der Kläger zu behaupten und zu beweisen. In einem Falle, in welchem aus einem, von einer Ehefrau ohne Zustimmung des Ehemanns acceptirten Wechsel gegen erstere geklagt worden und in der Klage nur im Allgemeinen bemerkt worden war, daß die Ehefrau von ihrem Manne getrennt lebe und ihr das freie Verwaltungsrecht über ihr Vermögen eingeräumt worden seye, wurde daher der Wechselprozeß nicht erkannt, sondern dem Wechselkläger aufgegeben, vor Allem den Grund zu bezeichnen und nachzuweisen, auf welchem das Recht der beklagten Ehefrau beruhe, ohne Zustimmung ihres Ehemanns wechselrechtlich sich zu verpflichten.

Beschluß des Obertribunals vom 4. Oktober 1862 in S. Dollmetsch c. Steinbrück und v. 8. Oktober 1862 in S. Melber c. Steinbrück.

Nach der Ansicht des Obertribunals zu Berlin muß die Einwilligung des Ehemanns, wo solche zur Uebernahme einer wechselmäßigen Verpflichtung der Ehefrau erforderlich ist, auf den Wechsel selbst gesetzt seyn, weil die Wechselverpflichtung ihr alleiniges Fundament nur in dem Wechsel selbst habe.[1] Dieser Ansicht

[1] Borchardt, Wechselordnung (2. Aufl.) S. 10, Zus. 16. Strietborst, Archiv, Bd. 9, S. 77, Bd. 10, S. 182. Archiv für d. W.-R. Bd. 4, S. 192.

hat sich O. Wächter[2] angeschlossen. Allein mit Recht wird von Löwy[3] hiegegen bemerkt, daß die Genehmigung des Ehemanns nicht zu den gesetzlichen Erfordernissen eines Wechsels gehöre, soferne die Art. 4 und 96 der a. d. W.=O., welche erschöpfende Bestimmungen über die Form des Wechsels enthalten, nirgend vorschreiben, daß die Dispositionsfähigkeit des Wechselausstellers beziehungsweise die für die Dispositionsfähigkeit der Ehefrau maßgebende Einwilligung des Ehemanns aus dem Wechsel selbst erhellen müsse. Vorsichtiger wird es jedoch immerhin seyn, wenn der Wechselgläubiger dafür Sorge trägt, die Genehmigung des Ehemanns auf dem Wechsel beurkunden zu lassen, um sich dadurch einen liquiden Beweis derselben zu verschaffen. Das hiesige Obertribunal hat bisher stets angenommen, daß schon in der Mitunterschrift des Wechsels durch den Ehemann dessen Einwilligung in die Uebernahme der Wechselverpflichtung durch seine Ehefrau zu finden seye, wenn nicht besondere Gründe dieser Annahme entgegenstehen. Der Gerichtshof zu Eßlingen dagegen ist der Ansicht, daß die Einwilligung des Ehemanns aus seiner Mitunterschrift des Wechsels noch keineswegs gefolgert werden könne.[4] Es wird sich jedoch nach allgemeinen Grundsätzen weder das eine noch das andere unbedingt behaupten lassen, vielmehr wird es stets auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen, ob der Beweis der Einwilligung des Ehemanns in seiner Mitunterschrift gefunden werden kann oder nicht. Vom Standpunkte des würtembergischen Rechts läßt sich übrigens für die Ansicht des Obertribunals der Art. 13 des Pfandentwicklungsgesetzes vom 13. Mai 1828 geltend machen, indem

---

[2] Wechsellehre, S. 100.

[3] Im neuen Archiv für Handelsrecht von Voigt und Heineken, Bd. 4, Seite 11, Note 32.

[4] Tafel, Civilrechtsspr., Bd. 5, S. 231 f.

hienach bei einem von beiden Eheleuten unterschriebenen Schuldscheine die rechtliche Vermuthung für die gemeinschaftliche Eingehung der Schuld streitet,[5] eine gemeinschaftliche Eingehung einer Verbindlichkeit aber die Einwilligung des Ehemanns zur Uebernahme derselben Seitens der Ehefrau nothwendig in sich begreift.

Zu Art. 29 der a. d. W.-O.

2) Regreß auf Sicherstellung wegen Unsicherheit des Acceptanten; Voraussetzungen.

A, welcher im Besitze eines von C auf ihn indossirten, von B acceptirten noch unverfallenen Wechsels war, hatte von dem Exekutionskommissär erfahren, daß dieser im Begriffe seye, gegen B die Einleitung einer Vermögensuntersuchung zu beantragen, weil mehrere Wechsel gegen denselben auf Exekution stehen, diese aber wegen Befürchtung des Vorhandenseyns einer Ueberschuldung nicht eingeleitet werden könne. In Folge dieser Erklärung hatte A Sicherheit in Betreff der acceptirten Summe von B gefordert und, als diese nicht geleistet worden, Protest gegen denselben erheben lassen, auf dessen Grund er sodann weiter gegen seinen Vormann C Sicherstellung forderte und, als er sie auf gütlichem Wege nicht erlangen konnte, im Wege des Wechselprozesses hierauf klagte. Diese Klage wurde abgewiesen, weil wegen Unsicherheit des Acceptanten Sicherheitsleistung nur in zwei Fällen gefordert werden könne, 1) wenn über sein Vermögen der Konkurs eröffnet seye, oder er seine Zahlungen eingestellt habe, 2) wenn nach Ausstellung des fraglichen Wechsels eine Exekution in das Vermögen des Acceptanten fruchtlos ausgefallen oder gegen denselben Personalarrest verfügt worden seye, — keine dieser beiden Voraussetzungen aber in dem gedachten Falle zur Zeit der Protesterhebung vorhanden gewesen seye, so-

[5] Vergl. Bolley, Comm. Bd. 3, S. 1155, 1156.

ferne eine Ueberschuldung damals nur befürchtet worden und eine Exekution noch gar nicht stattgefunden habe, die Protesterhebung somit nicht gerechtfertigt gewesen seye, und auf Grund dieses Protests daher auch keine Sicherstellung von den Vormännern gefordert werden könne.

Entsch. des Obertribunals vom 9. April 1862 in S. Wegerle c. Reisinger.

Zu Art. 45 d. a. d. W.-O.

3) **Die Benachrichtigung des Vormanns von der Protesterhebung hat der Wechselkläger nur im Falle einer dießfälligen Einwendung des Beklagten zu beweisen.**

Die Benachrichtigung des Vormannes ist nach den Bestimmungen der a. d. W.-O. keine das Regreßrecht selbst bedingende wechselrechtliche Solennität, sondern es ist deren Unterlassung nur mit gewissen Nachtheilen verknüpft, soferne sie den Wechselinhaber zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet, und des Anspruchs auf Zinsen und Kosten verlustig macht. Nur wenn der mit der Regreßklage belangte Wechselschuldner wegen unterlassener Notifikation die Befreiung von der Verbindlichkeit zur Bezahlung von Zinsen und Kosten, oder compensando seinen Schaden geltend macht, kommt daher die Frage, ob die Notifikation rechtzeitig und vorschriftsmäßig erfolgt ist, in Betracht. Demzufolge war die Leipziger Wechselkonferenz einstimmig der Ansicht, daß der Inhaber eines Wechsels nicht gehalten sey, gleichzeitig mit Anstellung der Regreßklage den Beweis der rechtzeitig geschehenen Notifikation des Protests an den Vormann zu liefern, sondern derselbe erst dann den Beweis zu führen habe, wenn der in Anspruch genommene Rembourspflichtige die nicht gehörig bewirkte Notifikation entgegensetzt.[6] Hienach bedarf es in der Klagschrift einer

[6] Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz (Leipziger Ausgabe 1848) S. 172.

Erwähnung der geschehenen Notifikation nicht, es ist vielmehr Sache des mit der Regreßklage belangten Beklagten, die Unterlassung der Notifikation geltend zu machen, wenn er hierauf eine Einwendung gegen die Klage gründen will.[7] Der Beweis der geschehenen Notifikation fällt aber nichts desto weniger auf den Kläger, wenn dieselbe von dem belangten Wechselschuldner geläugnet wird, da die Notifikation eine dem Inhaber des Wechsels seinen Vormännern gegenüber durch das Gesetz auferlegte, den Anspruch auf Zinsen und Kosten bedingende Verpflichtung ist, und die im Regreßwege auf Bezahlung von Zinsen und Kosten belangten Vormänner daher verlangen können, daß der Wechselinhaber die Erfüllung seiner Verpflichtung als die Voraussetzung des Anspruchs auf

---

[7] Borchardt, W.-O. (2. Aufl.) S. 128, Zus. 249. Haimerl, Anl. zum Studium des Wechselrechts, S. 160. — Der von Borchardt aufgestellte Satz, daß die Behauptung der Notifikation des Protests nicht zum Klagegrunde gehöre, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig, denn der Anspruch auf Zinsen und Kosten ist nach dem Schlußsatze des Art. 45 durch die Notifikation bedingt, es gehört somit die Behauptung dieser Notifikation, als der thatsächlichen Voraussetzung jenes Anspruchs, unzweifelhaft zum Klagegrunde; strenge genommen sollte man daher auch verlangen, daß wenn Zinsen und Kosten gefordert werden, schon in der Klagschrift die Behauptung der Notifikation aufgestellt werde, da diese Behauptung zur vollständigen Begründung der Klage gehört. Die Leipziger Wechselkonferenz hat sich nur dafür ausgesprochen, daß der Beweis der Notifikation nicht schon mit Anstellung der Regreßklage, sondern erst im Falle der Abläugnung durch den Beklagten zu liefern seye, daß auch die Behauptung der geschehenen Notifikation aus dem Klagvortrage wegbleiben könne, folgt hieraus nicht von selbst. Das Obertribunal hat sich jedoch hiefür entschieden, und es wird sich dieß um so mehr rechtfertigen lassen, als schon in der Forderung von Zinsen und Kosten die stillschweigende Behauptung der Erfüllung der Bedingungen dieses Anspruchs gefunden werden kann, und eine Prüfung, ob die Notifikation wirklich stattgefunden, doch nur im Falle einer dießfälligen Einwendung des Beklagten einzutreten hat, somit, so lange dieß nicht der Fall, als geschehen zu unterstellen ist.

Zinsen und Kosten in der im Art. 46 vorgeschriebenen Weise bescheinige.[8]

Entsch. des Obertribunals vom 10. August 1849 in S. Münch c. Scholl; v. 7. Dez. 1861 in S. Jacoby c. Seisser; vom 1. Oktober 1862 in S. Christmann c. Stoll und in S. Melber c. Gehr.

Zu Art. 78 u. 79 der a. d. W.-O.

4) Berechnung der Verjährungsfristen.

In den Art. 78 und 79 der allgemeinen deutschen Wechselordnung sind die Fristen für die Verjährung der Regreßansprüche des Inhabers und der Indossanten nach Monaten bestimmt, ohne daß dabei bemerkt ist, wie diese Monate zu berechnen seyen. Es entsteht daher der Zweifel, welche Berechnung hier einzutreten hat. Da jedoch der Art 32 für die Berechnung der nach Monaten bestimmten Verfallzeit die Bestimmung enthält, daß diese an demjenigen Tage des Zahlungsmonats eintrete, der durch seine Zahl dem Tage der Ausstellung oder Präsentation des Wechsels entspricht, beziehungsweise, wo dieser Tag in dem Zahlungsmonate fehlt, der Wechsel an dessen letztem Tage verfalle, ein besonderer Grund aber nicht vorliegt, um anzunehmen, daß diese Bestimmung ausschließlich nur für die Berechnung der Zahlungs- oder Verfallzeit eines Wechsels habe gegeben werden wollen, vielmehr anzunehmen ist, daß hiemit überhaupt als leitender Grundsatz habe aufgestellt werden wollen, es solle bei nach Monaten bestimmten Fristen von Monatstag zu Monatstag gerechnet werden, so erscheint es als genügend gerechtfertigt, diese Vorschrift auch auf die Berechnung der nach Monaten bestimmten Verjährungsfristen analog anzuwenden, und den dem Anfangstage der Verjährung

---

[8] Ein strenger Beweis wurde von der Leipziger Wechselkonferenz nicht für erforderlich erachtet; man nahm an, daß eine Bescheinigung genügen müsse; Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz (Leipzig 1848) S. 106, 169 f. Daher die Bestimmung des Art. 46 der allgemeinen deutschen Wechselordnung.

entsprechenden Kalendertag als den Ausgangstag der Verjährungszeit anzunehmen.[9]

Beschluß des Obertribunals vom 1. Oktober 1862 in S. Christmann c. Stoll und vom 12. November 1862 in S. Melber c. Wanser.

Zu Art. 77—79 u. 83 der a. d. W.-O.

5) Restitution gegen die Wechselverjährung.

Die allgemeine deutsche Wechselordnung enthält keine, die Restitution gegen die abgelaufene Wechselverjährung betreffende Bestimmung. Dagegen führt O. Wächter[10] an, daß nach dem Ausspruch der Leipziger Wechselkonferenz eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Verjährung nicht stattfinde. Allein ein solcher Ausspruch findet sich in den Protokollen der Leipziger Konferenz nicht, ja es ist gar nicht einmal ersichtlich, daß die Frage der Statthaftigkeit der Restitution gegen die Wechselverjährung überhaupt nur zur Sprache gekommen. Wahrscheinlich beruht die Bemerkung Wächters auf einer Verwechslung. In der Sitzung vom 17. November 1847 kam nämlich bei der Berathung des, von der wechselmäßigen Verpflichtung aus den verschiedenen möglichen Wechselerklärungen, Ausstellung, Accept, Indossirung u. s. w., handelnden §. 74 des preußischen Entwurfs[11] (Art. 81 der a. d. W.-O.) die Frage der Statthaftigkeit einer Restitution gegen Wechselerklärungen zur Sprache. Daß gegen diese die Restitution unstatthaft seye, war die Konferenz einverstanden,

---

[9] Borchardt, Wechselordnung (2. Aufl.), S. 162. Haimerl, Anleitung zum Studium des Wechselrechts, S. 227. Erkenntniß des österreichischen obersten Gerichtshofs vom 22. Juli 1856, 19. Januar 1858 und 28. April 1859. Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 6, S. 419, Oesterreichische Gerichtszeitung von 1858, Nr. 33 und von 1859, Nr. 63.

[10] Wechsellehre, S. 624.

[11] Protokolle der Leipziger Konferenz (Leipzig 1848), S. XVI.

und nur darüber verschiedener Meinung, ob eine dießfällige Vorschrift in das Gesetz aufzunehmen seye; von der Majorität wurde sich jedoch für die Aufnahme entschieden.[12] Allein die Redaktionskommission nahm demungeachtet eine Bestimmung in das Gesetz nicht auf, was in der Sitzung vom 8. Dezember 1847 bei der Berathung des, von der Unterbrechung der Wechselverjährung handelnden §. 81 des Entwurfs der Fassungskommission[13] (Art. 81 der a. d. W.-O.) zu der Bemerkung Veranlassung gab, es seye gegen den früher gefaßten Beschluß in dem Entwurf keine Bestimmung über die Unzulässigkeit der in integrum restitutio aufgenommen worden.[14] Da diese Bemerkung, wie erwähnt, bei der Berathung des von der Verjährung handelnden §. 81, nicht erst bei Berathung des §. 82 und 83 gemacht wurde, zu welchen Paragraphen die Bemerkung eigentlich gehörte, so lag die Verwechslung nahe, daß hier von der Unstatthaftigkeit der Restitution gegen die Wechselverjährung die Rede gewesen. Allein die Vergleichung mit dem oben angeführten früheren Beschlusse der Konferenz vom 17. Nov. 1847 zeigt, daß dieß nicht der Fall und es sich vielmehr nur um die Restitution gegen Wechselerklärungen handelte, und es wird dieß auch durch die, der Bemerkung in der Sitzung vom 8. Dezember 1847 selbst gegebene Beziehung auf den §. 83 des Entwurfs der Fassungskommission[15] (Art. 82 der a. d. W.-O.) bestätigt, soferne in dem Protokoll nach Anführung der fraglichen Bemerkung weiter gesagt ist: „Obwohl gegen diese Auslassung (der Bestimmung über die Zulässigkeit der in integrum restitutio) nicht geradezu Widerspruch erhoben wurde, hielt man von einer Seite nun doch mindestens

[12] Ebendaselbst, S. 144.
[13] Ebendaselbst, S. 264.
[14] Ebendaselbst, S. 241.
[15] Ebendaselbst, S. 265.

eine etwas andere Fassung des §. 83 nöthig, dergestalt, daß derselbe nicht blos auf Einreden im wahren Sinne, sondern auch auf andere Einwendungen und Rechtsbehelfe des Klägers bezogen werden könne. Anderer Seits hielt man dieß Letzte nicht für durchaus erforderlich, wohl aber die unbedingte Ausschließung der in integrum restitutio für nöthig, und mindestens eine Bemerkung im Protokolle, etwa dahin, für angemessen: man sey davon ausgegangen, daß keine Einreden und sonstigen Rechtsbehelfe vorgebracht werden dürften, als solche, die sofort liquide gemacht werden könnten. Da man indeß diesen Satz nicht in die allgemeine Wechselordnung aufgenommen, sondern in die Prozeßordnung verwiesen habe, so habe man dafür gehalten, daß auch eine etwaige Bestimmung über die in integrum restitutio in die Prozeßordnung gehöre." Demgemäß wurde dann auch beschlossen, keine Vorschrift bezüglich der Unzulässigkeit der in integrum restitutio in die Wechselordnung aufzunehmen.[16] — Hienach kann darüber ein gegründeter Zweifel nicht bestehen, daß die Leipziger Konferenz sich nur gegen die Unstatthaftigkeit der Restitution gegen Wechselerklärungen, nicht aber auch der Restitution gegen die Wechselverjährung ausgesprochen hat, und da die Wechselordnung selbst keine dießfällige Bestimmung enthält, so ist man lediglich an die allgemeinen civilrechtlichen Bestimmungen gewiesen, deren Anwendung auf die Wechselverjährung besondere Gründe nicht entgegenstehen. Die Wechselordnung hat nur insoweit, sie als Abweichendes vom allgemeinen Civilrechte festsetzen wollte, besondere Bestimmungen bezüglich der Wechselverjährung aufgenommen; soweit dieß nicht der Fall, muß daher, wo nicht in dem Wesen des Wechselrechts liegende Gründe dagegen sprechen, was hier nicht der Fall, zur Ergänzung der Lehre auf das allgemeine Civilrecht zurückgegangen werden. Nach den allgemeinen

[16] Ebendaselbst, S. 241.

civilrechtlichen Bestimmungen findet aber Restitution, wenn auch nicht gegen eine allgemeine dreißig- oder mehrjährige Verjährung, so doch gegen den Ablauf der in einer kürzeren Zeit, als 30 Jahren ablaufenden Verjährung aus dem Grunde der Abwesenheit und den ihr gleichgestellten Gründen statt.[17] Dasselbe muß bei der kurzen Wechselverjährung gelten, und es hat daher auch das Obertribunal sich dafür ausgesprochen, daß die Restitution gegen die Wechselverjährung aus denselben Gründen Platz greife, aus welchen sie gegen die kurze civilrechtliche Verjährung stattfindet.

Beschluß des Obertribunals vom 1./8. Oktober 1862 in S. Braun c. v. Gemmingen.

Zu Art. 80 der a. d. W.-O.

6) Ist die nach Unterbrechung der Wechselverjährung beginnende neue Verjährung wieder an die kurze Verjährungsfrist der Wechselordnung gebunden?

Durch Behändigung der Wechselklage wird die Wechselverjährung unterbrochen. Mit der Unterbrechung der Verjährung tritt nach gemeinem Civilrecht sofort die uneigentlich so genannte Perpetuation der Klage ein, d. h. wenn nun der Prozeß zu irgend einem Zeitpunkte liegen bleibt, oder, was diesem gleichsteht, ausdrücklich sistirt wird, so verjährt die Klage von der letzten gerichtlichen, vom Gerichte oder von der Partei vor dem Gerichte vorgenommenen, Handlung an erst in vierzig Jahren.[18] Das württembergische Recht weicht hievon nur insoferne ab, als nach der Bestimmung des Landrechts Thl. I., Tit. 25, §. 6 nicht schon die Unterbrechung der Verjährung, welche durch die Mittheilung der Klage

---

[17] Vergl. Wächter, württ. Privatr., Bd. 2, S. 839 f. 844, 846. Savigny, System, Bd. 3, S. 407 f.

[18] Wächter, Erörterungen, Heft 3, S. 36 f., 90 f., 96 f.

bewirkt wird,[19] sondern erst die Litiskontestation die Perpetuation der Klage bewirkt, somit nach württembergischem Recht nach der durch die Mittheilung der Klage bewirkten Unterbrechung der Verjährung die der Klage an sich ursprünglich zukommende Verjährungsfrist von Neuem wieder zu laufen beginnt, wenn der Prozeß vor der Streiteinlassung liegen bleibt, und erst, wenn es vor dem Ablaufe der ursprünglichen Verjährungsfrist zur Litiskontestation gekommen, und nach dieser die Klage wieder liegen bleibt, solche regelmäßig einer vierzigjährigen Verjährung unterworfen ist.[20] Doch erleidet auch letzteres Ausnahmen, indem bei ästimatorischen Injurienklagen in Gemäßheit der Bestimmung des Art. 17 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen vom 5. September 1839 vergl. mit Art. 130 des Strafgesetzbuchs vom 1. März 1839 die Perpetuation der Klage sich nur auf fünf Jahre erstreckt, und ferner durch Art. 7 des Gesetzes vom 6. Mai 1852, die Einführung einer kürzeren Verjährungsfrist für gewisse Forderungen betreffend, bestimmt ist, daß, wenn der Berechtigte die Klage ruhen lasse, die für die betreffenden Forderungen festgesetzte dreijährige Verjährungszeit von dem Tage zu laufen beginne, an welchem die letzte Parteihandlung erfolgt oder die letzte Verfügung der Behörde dem Kläger eröffnet worden ist. Da nun die allgemeine deutsche Wechselordnung eine Bestimmung bezüglich der Perpetuation der Wechselklagen, seye es durch Behändigung der Klage oder durch Streiteinlassung, nicht enthält, so entsteht die Frage, ob die gedachten Bestimmungen des gemeinen, beziehungsweise württembergischen Civilrechts auch

---

[19] Hiefür hat sich das Obertribunal schon am 30. Mai 1828 in S. H. c. G. ausgesprochen, und inzwischen stets hieran festgehalten, so z. B. den 8. November 1834 in S. F. c. R., den 19. Juni 1852 in S. L. c. H. J.

[20] Wächter, a. a. O., Seite 98, 99.

auf die Wechselverjährung Anwendung finden, oder ob nicht vielmehr für die nach stattgefundener Unterbrechung der Wechselverjährung im Falle des Liegenbleibens oder der Sistirung des Prozesses beginnende neue Verjährung wieder die in der allgemeinen deutschen Wechselordnung für die Wechselverjährung festgesetzten kurzen Fristen zur Anwendung zu kommen haben. Vom Standpunkte des württembergischen Rechts könnte es sich nach der angeführten Bestimmung des Landrechts von dem Laufe einer 40jährigen Verjährung jedenfalls nur dann handeln, wenn die Wechselklage nicht nur dem Beklagten behändigt, sondern auch von demselben liskontestirt worden, während in dem Falle, wenn nach der durch Behändigung der Klage eingetretenen Unterbrechung der Wechselverjährung vor der Litiskontestation der Prozeß liegen geblieben oder sistirt worden, welch' letzterer Fall wohl der häufigere seyn wird, auch nach den Bestimmungen des württembergischen Civilrechts für die von dem Liegenbleiben des Prozesses an beginnende neue Verjährung wieder die in der Wechselordnung für die Wechselverjährung festgesetzten kurzen Verjährungsfristen maßgebend seyn würden. Allein es wird dasselbe auch da, wo das gemeine Recht gilt, sowie nach württembergischem Rechte in dem Falle, wo nach der Litiskontestation eine neue Verjährung beginnt, Anwendung finden müssen. Die allgemeine deutsche Wechselordnung kennt in Wechselsachen eine andere als jene kurze Verjährungszeit überhaupt nicht, und es würde dem, der Festsetzung kurzer Verjährungsfristen für die Wechselverjährung unterliegenden und im Interesse der Sicherheit des Verkehrs gegründeten Zwecke, eine schleunige Abwicklung des ganzen Wechselgeschäfts zu bewirken, geradezu widerstreiten, wenn nach stattgefundener Unterbrechung der kurzen Verjährung, beziehungsweise nach geschehener Litiskontestation nunmehr nur eine vierzigjährige Verjährung von dem Ruhen des Prozesses an Platz greifen könnte. Es läßt sich daher nicht annehmen, daß die Wechselordnung die

sonstigen Grundsätze von der sogenannten Perpetuation der Klage durch Klagbehändigung oder Streiteinlassung auch als auf die Wechselklagen anwendbar habe anerkennen wollen, vielmehr muß nach dem Grunde und Zwecke der Festsetzung kurzer Fristen für die Wechselverjährung angenommen werden, daß diese allgemein maßgebend seyn sollen. Diesem läßt sich nicht, wie von Purgold und Brauer gegen Hoffmann geschehen, entgegenhalten, daß der bloße Zweckmäßigkeitsgrund, daß die Verjährungszeit des gemeinen Rechts für wechselrechtliche Verhältnisse zu lange dauere, nichts entscheiden könne. Denn es handelt sich nicht um einen Zweckmäßigkeitsgrund, sondern um eine überall zulässige Auslegung des Gesetzes und zwar ebensowohl nach seinen Worten, sofern dasselbe die kurzen Verjährungsfristen für Wechselsachen allgemein festsetzt, ohne eine Ausnahme für die nach der Unterbrechung beginnende neue Verjährung zu machen, wie nach dem Grunde, Zwecke und Geiste des Gesetzes. Ein Zurückgehen auf die Bestimmungen des allgemeinen Civilrechts bezüglich der Perpetuation der Klage ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn angenommen werden müßte, daß die Wechselordnung jene Bestimmungen auch für das Wechselrecht bestehen zu lassen beabsichtigt habe. Dieß anzunehmen, hat man aber weder innere, noch zwingende äußere Gründe, vielmehr spricht der ganze Geist des Gesetzes dagegen, und die Motive zu dem neuesten preußischen Entwurf, sowie die Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz lassen die Frage unentschieden. Der erste preußische Entwurf, welcher in Wechselsachen nur Eine Verjährung, die Einjährige kannte, hatte im §. 287 ausdrücklich bestimmt, daß eine jede neue Verjährung wieder auf die einjährige Frist beschränkt seyn solle. An letzterer Bestimmung wurde auch in dem Kommissionsbericht, betreffend die Vernehmung von Sachverständigen über den Entwurf einer Wechselordnung festgehalten, obwohl nach den Berathungen der Sachverstän-

digen je nach dem Zahlungsorte verschiedene kürzere oder längere Verjährungsfristen eintreten sollten, so daß also hienach für die Frist der nach der Unterbrechung beginnenden neuen Verjährung nicht die frühere, sondern eine besondere gewesen wäre. Der neueste preußische Entwurf kehrte in §. 73 wieder zu der einjährigen Verjährungsfrist des ersten Entwurfs zurück,[21] enthält jedoch bezüglich der im Falle der Unterbrechung für die neue Verjährung geltenden Fristen keine ausdrückliche Bestimmung, und in den Motiven ist nur gesagt, daß eine besondere Bestimmung über den Wiederanfang der durch Klage unterbrochenen Verjährung, also bezüglich der Frage, von welchem Zeitpunkte an die durch Klagbehändigung unterbrochene Verjährung von Neuem zu laufen beginne, nicht für nothwendig erachtet worden sey, indem es äußerst selten vorkommen werde, daß ein Wechselprozeß liegen bleibe, und für diesen seltenen Fall die allgemeinen Rechtsgrundsätze genügen werden.[22] Bezüglich unserer Frage, welche Fristen für den Fall des Wiederbeginns der durch Klage unterbrochenen Verjährung maßgebend seyn sollen, ist in den Motiven nichts bemerkt, und daraus, daß in denselben davon ausgegangen wird, daß für die Festsetzung des Anfangspunktes des Wiederbeginns der Verjährung die allgemeinen Rechtsgrundsätze genügen werden, läßt sich nicht folgern, daß auch bezüglich der Zeitdauer der nach der Unterbrechung beginnenden neuen Verjährung die allgemeinen Rechtsgrundsätze als maßgebend haben bezeichnet werden wollen. Auch die Verhandlungen der Leipziger Wechselkonferenz geben hiefür nichts Entscheidendes an die Hand. Zwar wurde der in der Sitzung vom 8. Dezember 1847 von dem Vizepräsidenten Dr. Einert gestellte Antrag, zu größerer Sicherung der Betheiligten am Ende des §. 81 des Entwurfs der Redaktionskommission (des jetzigen Art. 80)

[21] Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz (Leipzig 1848), S. XVI.
[22] Ebendaselbst S. LXXIII.

den Zusatz anzuhängen: „und beginnt dann eine Verjährung von gleicher Dauer," von der Konferenz nicht genehmigt, indem sich nur drei Stimmen dafür erklärten,[23] und es wird sich hierauf dafür berufen, daß die Absicht der Konferenz gewesen, die Entscheidung der Frage, wann die durch die Klage einmal unterbrochene Verjährung zum zweitenmale eingetreten sey, dem gemeinen Rechte, beziehungsweise dem über Verjährung im Allgemeinen geltenden Partikularrechte zu überlassen.[24] Allein da die Gründe der Ablehnung des Antrags aus dem Protokolle nicht ersichtlich sind, so läßt sich nicht ohne Weiteres unterstellen, daß man hiebei davon ausgegangen, es sollen nach Unterbrechung der Verjährung die kurzen Fristen der Wechselordnung ausgeschlossen seyn, da die Ablehnung des Zusatzes auch darin ihren Grund gehabt haben kann, daß eine besondere dießfällige Bestimmung gar nicht für nöthig erachtet, vielmehr die Geltung der kurzen Fristen der Wechselordnung auch für den Fall des Laufs einer neuen Verjährung nach vorangegangener Unterbrechung derselben als schon in der allgemeinen und ausnahmslosen Festsetzung dieser Fristen für die Wechselverjährung überhaupt ausgesprochen angenommen wurde, welche Unterstellung um so näher liegt, als in Preußen, Oesterreich und den Ländern des französischen Rechts ohnedieß der Satz gilt, daß nach Beendigung der Unterbrechung der früheren Verjährung wieder eine neue von gleicher Dauer zu laufen beginnt.[25] Man ist daher an die allgemeinen Auslegungsregeln gewiesen, und diese scheinen mir nach dem oben Bemerkten darauf zu führen, daß die kurzen Verjährungsfristen der allgemeinen deutschen Wechselordnung

---

[23] Ebendaselbst, S. 241. Unrichtig bemerkt Brauer im Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 11, S. 120, es habe sich nur Eine Stimme für den Einert'schen Antrag erklärt.

[24] Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 10, S. 19.

[25] Preußisches allgemeines Landrecht, Thl. 1, Tit. 9, §. 554. Oesterreichisches allgemeines bürgerliches Gesetzbuch §. 1497. Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts, Bd. 1, §. 213.

auch auf eine nach unterbrochener Verjährung beginnende neue Verjährung Anwendung zu finden haben. Von den Commentatoren der Wechselordnung stimmen mit der in Vorstehendem dargelegten Ansicht überein Borchardt,[26] Blaschke,[27] Hoffmann[28] und O. Wächter,[29] ebenso wurde dieselbe von dem Oberappellationsgericht zu Dresden in Entscheidungen vom 2. Oktober 1849 und 19. August 1852 zur Anwendung gebracht,[30] und auch das Obertribunal zu Berlin hat in einer Entscheidung vom 28. Mai 1859 ausgesprochen, daß, wenn die insinuirte Klage zurückgenommen werde, die neue von Zurücknahme jener Klage ab eintretende Verjährung wieder nach den in der Wechselordnung vorgeschriebenen Fristen zu berechnen sey.[31] Dagegen sind Liebe,[32] Christoph,[33] Renaud,[34] Gengler,[35] Purgold[36] und Brauer[37] der Ansicht, daß, wenn die Verjährung durch Klage unterbrochen worden, in den Ländern des gemeinen Rechts nur erst die vierzigjährige Proceßverjährung, von Zeit der letzten gerichtlichen Handlung an gerechnet, möglich seye; ebenso wurde in einer Entscheidung des niederösterreichischen Obergerichts vom 8. Januar 1857 davon ausgegangen, daß, da die Wechselordnung keine Bestimmung in Betreff der Verjährung für den

---

[26] Wechselordnung, (2. Aufl.), S. 175.

[27] Wechselrecht, S. 272.

[28] Wechselordnung, S. 571.

[29] Wechsellehre S. 622.

[30] Seuffert, Archiv, Bd. 4, S. 227, Nr. 142. Tauchnitz, Zeitschrift f. s. R. und V. N. F., Bd. 11, S. 379.

[31] Borchardt, a. a. O., S. 175, Note 237. Freilich kann hierauf kein besonderes Gewicht gelegt werden, da nach preußischem Recht für die nach der Unterbrechung beginnende neue Verjährung ohnedieß die frühere Verjährungsfrist wieder zu laufen beginnt.

[32] Die allgemeine deutsche Wechselordnung, S. 210.

[33] Wechselordnung, S. 74.

[34] Lehrbuch des Wechselrechts, §. 87, Note 13.

[35] Deutsches Privatrecht, S. 670, Note 12.

[36] Im Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 10, S. 18 f.

[37] Ebendaselbst, Bd. 11, S. 221.

Fall enthalte, wenn der Prozeß liegen bleibe, auf einen solchen Fall die allgemeinen civilrechtlichen Rechtsgrundsätze Anwendung finden,[38] und die gleiche Ansicht liegt einer von Purgold mitgetheilten Entscheidung des großh. hessischen Hofgerichts der Provinz Starkenburg zu Grund.[39] Das württembergische Obertribunal war nur in Einem Falle (Güldenstein und Dürrich) in der Lage, über die vorstehend erörterte Frage sich auszusprechen, und hat sich in diesem Falle durch Beschluß vom 1. Oktober 1862 gegen die oben vertheidigte Ansicht und im Einklange mit den zuletzt erwähnten Entscheidungen ausgesprochen, indem das Hauptgewicht darauf gelegt wurde, daß bei dem Mangel einer dießfälligen besonderen Bestimmung in der Wechselordnung die allgemeinen Grundsätze bezüglich der Wirkung der Perpetuation der Klage Platz greifen müssen.

Zu Art. 81 der a. d. W.=O.

7) Das Allein=Accept eines Nichtbezogenen.

Ein von C. Deffner auf „Fr. D..." gezogener Wechsel wurde von Ferdinand D... einem Sohne des Friedrich D.. acceptirt und zwar wurde das Accept von ihm mit „F. D..." unterzeichnet. Da der Wechsel bei Verfall nicht bezahlt wurde, so wurde von dem Inhaber Wechselklage gegen Ferdinand D., den Sohn des Friedrich D. erhoben. Der Beklagte erkannte das Accept als von ihm geschrieben und unterschrieben an, er bestritt aber, der rechte Beklagte zu seyn, weil nicht er, sondern sein Vater Friedrich D. der Bezogene sey und weil er nur als Procurist seines Vaters und unter dessen Namen den Wechsel acceptirt habe. Das Wechselgericht fand diese Einwendung gegründet und wies die

---

[38] Oesterreichische Gerichtszeitung von 1857, Nr. 25, 39. Borchardt, a. a. O., S. 175, Note 237 b. Im Resultat stimmt übrigens diese Entscheidung mit meiner Ansicht zusammen, da nach österreichischem Recht für die nach stattgefundener Unterbrechung beginnende neue Verjährung ohnedieß die früheren Fristen wieder laufen.

[39] Archiv f. d. Wechselrecht, Bd. 10, S. 18.

Klage ab aus folgenden Gründen: Da der Wechsel auf „Fr. D." gezogen ist und da die abgekürzte Bezeichnung des Vornamens mit „Fr." nach der üblichen Abkürzungsweise auf einen mit diesen beiden Buchstaben anfangenden Vornamen hinweist, so kann der Vorname „Fr." nicht als „Ferdinand", sondern er muß (insofern es sich nur um diese beiden Vornamen handelt) als „Friedrich" gelesen werden. Die Behauptung des Beklagten, daß der Wechsel nicht auf seinen Namen, sondern auf den Namen seines Vaters gezogen seye, ist somit richtig.[40] Dagegen ist es bei der Art und Weise, wie der Beklagte das Accept unterschrieben hat, ungewiß, ob solches mit dem Namen des Beklagten oder seines Vaters unterzeichnet ist. Denn der Beklagte hat ohne einen die Procura andeutenden Beisatz einfach mit „F. D." unterzeichnet, was ebensowohl „Ferdinand D." als „Friedrich D.", aber auch nur entweder das Eine oder das Andere, nicht Beides zugleich bedeuten kann. Es sind also nur die beiden Fälle möglich. Entweder wird die Unterschrift des Accepts „Friedrich D." gelesen. Dann liegt der Fall vor, daß ein Dritter, ohne sich selbst zu nennen, den Namen des Trassaten gezeichnet hat. In diesem Fall ist der Beklagte wechselrechtlich nicht verpflichtet, weil er sich selbst auf

---

[40] Wenn gleich die Angabe des Vornamens bei der Bezeichnung des Namens des Trassaten (Art. 4, Ziff. 7 der W.-O.) nicht wesentlich ist, so ist sie doch insoweit erheblich, wenn der Vorname im einzelnen Falle dem Familiennamen wirklich hinzugefügt ist und dadurch eine wirklich existirende, diesen Vornamen führende andere Person erkennbar gemacht worden ist. Borchardt, deutsche W.-O., 2. Ausg., S. 29, (Zus. 56) u. S. 40. (Zus. 87), Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 5, S. 220 ff. In einem früheren, beim Obertribunal vorgekommenen Falle war als Trassat bezeichnet „G. Dreilieb, Gärtner in Stuttgart." Das Accept war unterzeichnet „Carl Treulieb." Der Protest war erhoben gegen Carl Treulieb und gegen diesen war geklagt. Der Wechsel wurde wegen unrichtiger Angabe des Vornamens des Trassaten von Amtswegen nicht beanstandet. Beschl. des Obertribunals v. 6. Febr. 1861 in S. L. c. T.

dem Wechsel gar nicht genannt hat. Oder wird die Unterschrift des Accepts „Ferdinand D." gelesen. Dann ist der Fall der, daß ein Dritter mit seinem Namen und ohne sich als Bevollmächtigten des Trassaten zu bezeichnen, unterschrieben hat. Es fragt sich daher, ob eine solche alleinstehende Acceptationserklärung eines Dritten (Nichtbezogenen) eine wechselmäßige Verbindlichkeit desselben begründet. Diese Frage ist zu verneinen. Denn

1) ist in den Art. 21 ff. der allgemeinen d. W.-O., welche von der Annahme handeln, überall nur von einer Annahme durch den Bezogenen die Rede, insbesondere läßt der Art. 23 nur den Bezogenen durch die Annahme wechselmäßig verpflichtet werden. Der Bezogene aber ist selbstverständlich nur derjenige, welcher als solcher nach Art. 4 Ziff. 7 in dem Wechsel genannt ist.

2) Außer dem Bezogenen wird zwar nach Art. 56 ff. auch der Ehrenacceptant durch die Annahme wechselmäßig verpflichtet. Allein der Fall einer Ehrenannahme liegt hier nicht vor.

3) Ebensowenig gehört hieher die Bestimmung des Art. 81, wonach die wechselmäßige Verpflichtung Jeden trifft, welcher die betreffende Wechselerklärung, also auch das Accept mitunterzeichnet hat. Da die Unterschrift des Beklagten allein steht, so fällt sie nicht unter den Begriff der Mitunterzeichnung.

4) Der Art. 95 endlich, welcher die Haftung des angeblichen, aber nicht wirklichen Bevollmächtigten bestimmt, setzt den von dem vorliegenden verschiedenen Fall voraus, daß der Unterzeichnende sich ausdrücklich als den Bevollmächtigten eines Andern (also bei dem Accepte als den Bevollmächtigten des Trassaten) bezeichnet hat.

Steht hienach fest, daß die von dem Beklagten beigesetzten Accepte in keinem Fall, d. h. weder in dem einen noch in dem andern der beiden oben angeführten möglichen Fälle geeignet waren, eine wechselmäßige Verpflich-

tung desselben zu begründen, so war die gegen ihn erhobene Wechselklage abzuweisen.

Entsch. des Obertribunals vom 5. November 1862 in S. Lautenschlager c. Dürrich.

In den Commentaren zur deutschen Wechselordnung wird die vorliegende Rechtsfrage nicht erörtert. Dagegen hat das Appellationsgericht zu Frankfurt in einer Entscheidung vom Jahre 1857 die Frage auf Grund des Art. 81 der Wechselordnung in entgegengesetzter Weise beantwortet.[41] Anknüpfend an diese Entscheidung hat Renaud,[42] aber nicht auf den Grund des Art. 81, sondern lediglich unter Berufung auf den Geist des Wechselrechts (wie er insbesondere in den Bestimmungen über Ehrenannahme und in der Bestimmung des Art. 95 über Stellvertretung sich ausgedrückt finde) für dieselbe Ansicht sich ausgesprochen. In ähnlicher Weise und ausführlicher hat neuerdings Löwy[43] dieselbe Ansicht zu begründen versucht.[44] Uebrigens bezeugt Löwy,[45] daß das

---

[41] Borchardt, die allgemeine deutsche Wechselordnung (2. Aufl.), S. 181, Note 245.

[42] Im Magazin für bad. Rechts-Pflege und Verwaltung, Bd. 3, S. 377 ff.

[43] In Voigt's neuem Archiv für Handelsrecht, Bd. 4, H. 1, S. 42 ff.

[44] Löwy führt aus:

1) Rechtsgründe an sich stehen der Bejahung der Frage nicht entgegen (S. 44—46);
2) auch keine positive Gesetzesbestimmung, insbesondere
   a) nicht der Art. 4, Ziff. 7 der Wechselordnung, (S. 46.),
   b) nicht die Art. 16, Abs. 1 und Art. 21—23, sie sprechen eben von dem regelmäßigen Fall, sie seyen nicht strikte zu nehmen, sie finden ja auch auf den Mitacceptanten Anwendung (S. 47—48),
   c) nicht die Art. 56 ff., aus diesen folge mehr nicht, als daß das Accept eines Dritten ohne vorangegangenen Protest kein Ehrenaccept sey, (S. 48—49),
   d) nicht der Art. 81 (S. 49—52);
3) im Gegentheil spreche das Gesetz und seine ratio positiv für die Bejahung der Frage. Dieß ergebe sich aus der Haftung

Obertribunal in Berlin in mehrfachen Entscheidungen die Frage, ob ein für sich stehendes Accept eines Nichtbezogenen eine wechselmäßige Verbindlichkeit begründe, unbedingt verneint habe. Die Verneinung dürfte auch ungeachtet der Ausführungen von Renaud und Löwy den Vorzug verdienen, da die von diesen herbeigezogenen Analogien wohl nicht geeignet sind, eine sichere Grundlage für die Bejahung der Frage zu geben.[46]

Zu Art. 83 der a. d. W.=O.

8) Findet aus einem Indossament, welches zum Zweck der Bürgschaftsübernahme für die Wechselsumme ausgestellt worden, nach Erlöschung des Wechselrechts durch Verjährung oder Präjudizirung noch eine Civilklage statt?

Es kommt häufig vor, daß die einem Wechsel beigefügten Indossamente lediglich auf dem Grunde der Uebernahme einer Bürgschaft Seitens des Indossanten beruhen. Wenn ein solcher Wechsel verjährt und präjudicirt ist und demzufolge der Indossant wechselrechtlich nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, so wird die Frage praktisch, ob nach Erlöschung der Wechselverbindlichkeit eine civilrechtliche Verbindlichkeit des Indossanten aus der Bürgschaft bestehen geblieben, und letzterer somit im Civilrechtswege auf Bezahlung der Wechselsumme

---

des Procura=Acceptanten Art. 95 (S. 52—54), aus der Haftung des Acceptanten einer falschen Tratte Art. 75, (S. 54), aus der Haftung des Mitacceptanten, Art. 81 (S. 55—57), aus den Bestimmungen über das Ehrenaccept, Art. 56 ff. (S. 58 ff.)

[45] a. a. S. O. 44.

[46] Für die Verneinung der Frage hat sich auch ausgesprochen das Oberappellationsgericht in Celle im Jahre 1859, s. Entscheidungen des Trib. zu Celle, Jahrgang V., Hannover 1862, S. 45 ff. Ebenso das Stadtgericht in Berlin i. J. 1857, s. Goldschmid, Zeitschrift f. Handelsr. Bd. 2, S. 447.

noch in Anspruch genommen werden kann. Ist die Uebernahme der Bürgschaft der Unterzeichnung des Indossaments vorangegangen, und bestand somit eine Bürgschaftsverbindlichkeit des Indossanten schon vor dem Indossamente, so wird zu unterscheiden seyn, was die, aus den Umständen des einzelnen Falls zu entnehmende, Absicht bei Eingehung der Wechselverbindlichkeit durch das Indossament war, ob hiedurch das frühere Schuldverhältniß aufgehoben, oder vielmehr verstärkt und mehr gesichert werden sollte. Der Regel nach wird das Letztere anzunehmen seyn, und wo dieß der Fall ist, kann ein Zweifel nicht bestehen, daß, wenn das Wechselrecht in Folge von Verjährung oder Präjudizirung des Wechsels erloschen ist, eine Klage aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse immer noch statt findet, welches neben der Wechselverbindlichkeit stehen geblieben ist. Anders verhält es sich, wenn durch die Uebernahme der Wechselverbindlichkeit eine Novation eingetreten, oder wenn vor Unterzeichnung des Indossaments eine Verbindlichkeit des Indossanten gar nicht bestanden, und dieser eine solche erst durch jene Unterzeichnung übernommen hat. In diesem Falle kann der Indossant nach Erlöschung des Wechselrechts auch im Civilrechtswege nicht mehr in Anspruch genommen werden, wenn gleich dem Indossamente lediglich die Absicht einer Bürgschaftsübernahme zu Grunde lag. Das Obertribunal hat sich hierüber in einem Falle, wo eine Verbindlichkeit Seitens des Indossanten erst durch die Unterzeichnung des Indossaments übernommen worden war,[47] folgendermaßen ausgesprochen:

Das Indossament erscheint nicht als bloße Dokumentirung der eingegangenen Bürgschaft, sondern als selbstständige, seine besonderen rechtlichen Folgen in sich tragende Verbindlichmachung. Wenn auch die Absicht,

---

[47] Das Gegentheil war zwar behauptet, wurde aber nicht als erwiesen angenommen.

dem Kläger für die von dem Hauptschuldner geschuldete Summe Sicherheit zu gewähren, dem Indossament des Beklagten zu Grunde lag, so trat dieselbe doch in einer Form ins Leben, durch welche die Bürgschaft theils verschärft, theils beschränkt wurde. Verschärft wurde sie durch gewählte wechselmäßige Form, wodurch eine promptere Exekution, nöthigenfalls durch Personalhaft, begründet wurde. Auf der andern Seite wurde die Bürgschaft dadurch beschränkt, daß die Einhaltung gewisser Formalitäten, nämlich rechtzeitige Präsentation des Wechsels und Protesterhebung dem Gläubiger zur Bedingung gemacht und der Anspruch an den Indossanten an die kurze Verjährungsfrist gebunden wurde. Daß der Beklagte durch Beisetzung seines Indossaments blos die verschärfte Bürgschaft habe übernehmen wollen, ohne auf den ihn schützenden Beschränkungen in Ausübung des wechselmäßigen Anspruchs des Klägers zu bestehen, läßt sich eben so wenig annehmen, als daß er überhaupt mit jener Handlung nur die Uebernahme einer Bürgschaft im civilrechtlichen Sinne beabsichtigt und durch dieselbe sich auch für den Fall, daß der Kläger die Einhaltung der wechselmäßigen Beschränkungen unterlassen sollte, für gebunden gehalten habe. Durch Beisetzung des Indossaments wurde für den Beklagten ein Komplex von Rechten und Verbindlichkeiten begründet, welche in einer solchen Wechselwirkung zu einander stehen, daß die einen ohne die andern nicht wirksam seyn können. Hat nun der Kläger die Protesterhebung und die rechtzeitige Einklagung des Wechsels versäumt, so kann er auch die ihm aus dem Indossament erwachsenen Rechte nicht geltend machen.

Hiefür spricht auch der Art. 83 der allgemeinen deutschen Wechselordnung. Nach derselben soll der Aussteller eines Wechsels, wenn dessen Verbindlichkeit durch Verjährung oder dadurch, daß die zur Erhaltung des Wechselrechts gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen versäumt wurden, erloschen ist, dem Inhaber des Wechsels

nur so weit, als er sich mit dessen Schaden bereichern würde, verpflichtet seyn, und es ist dieß — nach allgemein angenommenen Grundsätzen[48] — eine nicht im Wechselverfahren, sondern im ordentlichen Verfahren zu verfolgende Civilklage. Wenn folglich eine Bereicherung des Ausstellers nicht eingetreten ist, so findet eine civilrechtliche Verpflichtung desselben aus dem, dem Wechsel zu Grund liegenden Rechtsgeschäft nicht Statt. — Der Ausstellung des Wechsels kann nun so gut, wie im vorliegenden Fall der Indossirung, die Absicht, eine Bürgschaft zu leisten, zu Grund liegen, denn die Wechselform wird zur Realisirung der verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse benützt, wie hiefür der vorliegende Fall ein Beispiel liefert. Eine Verpflichtung des Ausstellers aus der beabsichtigten Bürgschaft ist in einem solchen Falle nicht begründet, denn wäre der Aussteller aus dieser Bürgschaft dem Gläubiger, trotz der Präjudizirung des Wechsels, noch verhaftet, so könnte im Gesetz nicht gesagt werden, daß eine solche Verbindlichkeit nur im Fall seiner Bereicherung bestehen bleibe. Mit der Beschränkung seiner Verbindlichkeit auf die Bereicherung ist folglich für den Fall der Präjudizirung oder Verjährung die Geltendmachung jedes anderweiten Verpflichtungsgrunds folglich auch der Bürgschaft ausgeschlossen. Ja es könnte von einer Bereicherungsklage gegen denselben gar nicht gesprochen werden, wenn dieser anderweite Verpflichtungsgrund bestehen bliebe, denn solange diese Verpflichtung nicht erfüllt wäre, würde der Schuldner nicht bereichert, sondern immer noch, neben dem Wechsel, aus dem anderweiten Geschäft verhaftet seyn. Was nun vom Aussteller gilt, muß umsomehr vom Indossanten gelten, als gegen einen solchen nach Art. 83 nicht einmal die Bereicherungsklage mehr stattfinden soll.[49] Von einer Bereicherungs-

---

[48] Motive zu §. 75 des Entwurfs.

[49] Hoffmann, Erläuterungen der W.-O., S. 594. Ladenburg im Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. 5, S. 126.

klage gegen den Bürgen kann übrigens — wie sich von selbst versteht — keine Rede seyn, da eine Bürgschaft als solche nie eine Bereicherung eines Bürgen involvirt.[50]

Hätte der Beklagte, anstatt den Wechsel als Indossant zu unterzeichnen, denselben ausdrücklich als Bürge für den Aussteller unterschrieben, so würde er zwar nach den Grundsätzen, welche für den Aussteller gelten und nicht nach den für einen Indossanten geltenden zu behandeln seyn; allein eine Bereicherungsklage wäre gegen ihn dennoch aus dem eben angegebenen Grunde nicht denkbar und jede anderweite Verpflichtung durch das Gesetz ausgeschlossen.

Entsch. des Obertribunals vom 3. Juni 1862 in S. E. c. R.

Zu Art. 91 der a. d. W.-O.

9) Ort der Protesterhebung.

Wenn von dem Bezogenen bei der Acceptation eine dritte am Wohnort des Acceptanten wohnende Person benannt wird, bei welcher die Zahlung geschehen soll, z. B. „angenommen und zahlbar bei Herrn V. in St." (dem Wohnort des Acceptanten), so wird der Wechsel hiedurch nicht zu einem Domicilwechsel, weil zu solchem nach Art. 24 gehört, daß ein vom Wohnort des Bezogenen verschiedener Zahlungsort angegeben werde und daß dieß vom Aussteller des Wechsels geschehe. Es ist aber, wie die Leipziger Wechselkonferenz anerkannt hat, jener Beisatz zu dem Accepte eine giltige und erlaubte Limitation desselben,[51] und es erscheint demgemäß, da in dem Beisatz Seitens des Acceptanten und in der Seitens des Inhabers erfolgten Annahme des Wechsels mit diesem Beisatz das beiderseitige Einverständniß gefunden werden muß, daß in der Wohnung der benannten dritten Person die Wechselzahlung erfolgen solle, diese Wohnung der giltig vereinbarte Zahlungsort des Wech-

---

[50] Liebe, W.-O., S. 221 ff. Haimerl, Anleitung, S. 264.

[51] Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz (Leipzig 1848), S. 87.

sels. Ist der Wechsel zu protestiren, so kann daher auch die Aufnahme des Protests in gedachter Wohnung giltig erfolgen.[52]

Entsch. des Obertribunals v. 21. Mai 1862 in S. Völker c. Gauß.[53]

Zu Kap. V. §. 3 der württ. W.-G.-O. von 1759.

10) Ladung des Wechselbeklagten.

Das Anschlagen einer Ladung an der Thüre der Wohnstube des Wechselbeklagten[54] ist nur dann zuläßig, wenn die Ortsanwesenheit des Beklagten konstatirt und somit anzunehmen ist, daß die Ladung den Beklagten noch zu rechter Zeit erreichen werde, auch die Zustellung an Familien- oder Hausangehörige nicht zu bewerkstelligen war.

Entsch. des Obertribunals vom 4. Juni 1862 in S. Reuschlen c. Baumann.

Zu Kap. VI. §. 4 der württ. W.-G.-O.

11) Fristerstreckungen sollen im Wechselverfahren regelmäßig nicht stattfinden.

Gegen eine Wechselklage war die Einrede der Zahlung vorgeschützt und zur Erklärung hierüber dem klägerischen Anwalt eine Frist von 10 Tagen unter dem Präjudiz des Zugeständnisses der in der Vernehmlassung enthaltenen Thatumstände und des Ausschlusses mit etwaigen Repliken ertheilt worden. Noch während des Laufs der Frist bat der kl. Anwalt um deren Erstreckung, ohne diese Bitte jedoch durch stichhaltige Gründe motiviren zu können, indem er zu seiner Entschuldigung nur vorbrachte, daß er von dem Schriftverfasser noch keinen Schriftsatz erhalten habe. Auf dieses ungenügend motivirte Fristgesuch

---

[52] Vergl. Bd. 5 dieses Archivs, S. 280, lit. b. Borchardt, Wechselordnung (2. Aufl.), S. 261, Zus. 424.

[53] In der Zeitschrift für die freiw. Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverw. von Boscher, Jahrgang 1862, S. 163 wird dieses Präjudiz auch mitgetheilt.

[54] Bd. 2 dieses Archivs, S. 517, Ziff. 7.

wurde keine Rücksicht genommen und der Beklagte, obwohl die Replik nach Ablauf der Frist eingekommen war, unter Aussprechung des angedrohten Präjudizes von der Klage entbunden, indem davon ausgegangen wurde, daß eine strenge Einhaltung der Fristen schon in der Natur des Wechselprozesses begründet, und daher die Bestimmung in dem Gemeinbescheid des Obertribunals vom 12. Januar 1844, wonach eine zweite Frist nur dann, wenn das dießfällige Gesuch durch eine Bescheinigung erheblicher Gründe unterstützt worden, verwilligt werden solle, in Wechselsachen stets streng eingehalten worden seye, zumal eine besondere Aufforderung hiezu in der Bestimmung des §. 4 des Kap. VI. der württ. Wechselgerichts-Ordnung liege, wonach der Termin der Vernehmlassung unter keinerlei Vorwand verlängert werden solle, welche Bestimmung, da eine Verschiedenheit rücksichtlich der Obliegenheiten in Erfüllung richterlicher Auflagen zwischen der klägerischen und der beklagten Partei nicht bestehe, ebenso für die Replik, wie für die Vernehmlassung gelten müsse.

Entsch. des Obertribunals v. 28. Mai 1862 in S. Christmann c. Dandler.

Zu Kap. VI. §. 1 und 5 der württ. W.-G.-O.

12) Vorstehen der Parteien vor dem Wechsel-Gericht.

Das Obertribunal hat zwar in mehreren Fällen angenommen, daß die Parteien auch in Wechselsachen nicht allein ohne Beistand eines Prokurators vor dem Wechselgericht vorstehen dürfen;[55] dagegen steht den Parteien frei, mit einem Prokurator vor dem Wechselgericht zu erscheinen und ihre Vertheidigung selbst vorzutragen; indem ein Ausschluß der Parteien dem Geiste des mündlichen Verfahrens in Wechselsachen widerstreiten würde, und dem Beklagten, wenn er den Wechsel nicht anerken-

[55] Vergl. Bd. 2 dieses Archivs, S. 518 und Bd. 5, S. 287.

nen will, im §. 5 des Kap. VI. der württembergischen Wechselgerichtsordnung das persönliche Erscheinen sogar ausdrücklich vorgeschrieben ist.

Entsch. des Obertribunals vom 29. Oktober 1862 in S. Torley c. Gwinner.

Zu Kap. VI. §. 5 der württ. W.-G.-O.

13) Eidesthema beim Diffessionseid.

Die württembergische Wechselgerichtsordnung vom 24. März 1759 bestimmt in Kap. VI. §. 5, daß der Beklagte, welcher den gegen ihn eingeklagten Wechsel weder als von ihm selbst, noch von einem Andern in seinem Namen geschrieben anerkennen will, auf Verlangen des Klägers den Diffessionseid dahin zu schwören habe, daß er den Wechsel weder selbst geschrieben, noch unterschrieben, noch durch Andere schreiben oder unterschreiben lassen, „auch den darin gemeldeten Belauf dem Kläger nicht schuldig seye." Da jedoch nur die Aechtheit der Unterschrift wesentlich ist, und der Beklagte, wenn feststeht, daß dieß von ihm herrührt, auch den Inhalt des Wechsels gegen sich gelten lassen muß, so wurde von dem Obertribunal das Thema des Diffessionseids darauf beschränkt, daß der Beklagte die fragliche Unterschrift weder selbst geschrieben, noch durch einen Dritten habe unterschreiben lassen.[56]

Entsch. des Obertribunals v. 26. Febr. 1862 in S. Debbeld c. Dürrich; vom 1. Oktober 1862 in S. Güldenstein c. Dürrich; v. 24. März 1863 in S. Kaiser c. Bofinger.

Zu Kap. VI. §. 9, 10, 12, 13, 17, 18 und 19 der württ. W.-G.-O.

14) Prozeßkosten-Kaution.

Eine Kaution für die Prozeßkosten kann von dem Wechselkläger nach den für das Wechselverfahren geltenden

[56] Vergleiche auch meine Bemerkung in diesem Archiv, Bd. 5, S. 284, Note 51.

Prozeßvorschriften nicht gefordert werden. Denn im Kap. VI, §. 9, 10, 12, 13, 17 und 18 sind die Einreden, welche im Wechselverfahren zulässig sind, speciell aufgeführt und unter diesen ist die Einrede der mangelnden Prozeßkaution nicht genannt, im §. 19 aber ist bestimmt, daß keine anderen, als die bereits rezensirten exceptiones, oder welche sich auf die im §. 9 vorausgesetzte regulam generalem qualifiziren, bei dem Wechselprozeß statthaben. [67]

Entsch. des Obertribunals vom 26. Sept. 1860 in S. Trost c. Blöst; vom 15. Mai 1862 in S. de Neufville c. württ. Handelsgesellschaft.

---

2) Mittheilungen aus der Praxis des Obertribunals in Civilsachen.

(Von Herrn Oberjustizassessor Probst in Stuttgart.)

1) Unzuständigkeit der Civilgerichte zu Anordnung von Vermögensbeschlagnahmen gegen widerspenstige Kriegsdienstpflichtige.

In Hufnagels Mittheilungen [1] wird eine Verfügung des Gerichtshofs in Tübingen [2] vom Jahr 1846 angeführt, nach welcher die Anordnung solcher Beschlagnahmen als Sache der Civilgerichte erklärt wird. Die Argumentation, welche dieser Ansicht zu Grund liegt, und im Wesentlichen auf dem Satze beruht, daß die Beschlagnahme des Vermögens eines Staatsbürgers an und für sich zur Kompetenz des Civilrichters gehöre, das Gesetz also eine besondere Uebertragung dieser Befugniß an den Strafrichter, hier die Administrativbehörde, enthalten müßte, wenn es nicht bei der

---

[67] Vergl. auch Danz, summar. Proz., §. 47 und 36. Westphal, Wechselrecht §. 177.

[1] Bd. I. S. 484 ff.

[2] In neuerer Zeit scheint dieser Gerichtshof jene frühere Ansicht nicht mehr festzuhalten, wie sich auch die Gerichtshöfe in Eßlingen und Ellwangen für die Unzuständigkeit der Civilgerichte erklärt haben.

civilrichterlichen Kompetenz sein Bewenden haben sollte, ist jedoch, indem sie den Begriff der Civiljustizsache nach der vermögensrechtlichen Wirkung eines fremden Eingriffs, statt nach der privatrechtlichen Natur desselben bestimmt, eine offenbar in der Grundlage verfehlte. Eine treffende Entgegnung hat dieselbe in Bd. 1 dieses Archivs S. 124 ff. gefunden. Neuerdings wurde auch dem Obertribunal Anlaß geboten, sich über diese Frage, und zwar folgendermaßen auszusprechen.

„Die auf Grund des Kriegsdienstgesetzes angeordnete Beschlagnahme des Vermögens ungehorsam abwesender Kriegsdienstpflichtiger dient nicht zu Sicherstellung irgend welcher privatrechlicher Ansprüche an dieselben, sondern verfolgt, wie aus den im Art. 93 jenes Gesetzes bezeichneten Aufhebungsgründen im Zusammenhalt mit Art. 174, 176 der Strafprozeßordnung und Art. 236, 249 des Schwurgerichtsgesetzes zu entnehmen, den Zweck, die Stellung des ungehorsam abwesenden Kriegsdienstpflichtigen zu bewirken. Demnach ist die Erkennung solcher Vermögensbeschlagnahmen keine Civiljustizsache, sondern ein strafrichterliches Zwangsmittel, welches zur ausschließlichen Zuständigkeit der mit der entsprechenden Strafgerichtsbarkeit betrauten Behörde gehört, als welche durch das Gesetz der K. Oberrekrutirungsrath, beziehungsweise in beihelfender Eigenschaft das betreffende Bezirksamt verordnet ist. — Daß sodann, was die Vollstreckung der erkannten Beschlagnahme betrifft, die darum nachgesuchten Civilgerichte ihre Thätigkeit nicht verweigern, beruht nicht blos auf überwiegenden Rücksichten der Zweckmäßigkeit,[3]

[3] Es wird diesfalls namentlich im eigenen Interesse der Gerichte in Betracht kommen, daß wenn die Oberämter die Beschlagnahme auszuführen, und die cura **bonorum** zu überwachen hätten, sie dieses doch nur mittelst Notar und Waisengericht bewerkstelligen könnten, eine Störung des ausschließlichen Subordinationsverhältnisses dieser Stellen aber unter dem Oberamtsgerichte, indem sie die Aufsicht über dieseben erschwerte, dem Interesse der Rechtsverwaltung ohne Zweifel nachtheiliger wäre, als der unbedeutende Geschäftszuwachs.

sondern insofern auch auf gesetzlicher Vorschrift, als die Dunkelheit, welche das Kriegsdienstgesetz über die Art der Vollziehung der Beschlagnahme übrig läßt, nach den ausführlicheren Bestimmungen der um die gleiche Zeit verabschiedeten Strafprozeßordnung auszulegen ist, letztere aber in Art. 175 die Vollziehung der strafrichterlich erkannten Vermögensbeschlagnahmen als Obliegenheit des Civilgerichts des Wohnorts des Verdächtigen bezeichnet."

Verf. des Obertribunals vom 24. Januar 1863 in der Beschwerdesache des L. A. u. Gen. c. E.

2) Der Arrest kein unbedingt subsidiäres Sicherungsmittel.

Der Empfänger einer Waare stellte solche wegen Musterwidrigkeit zur Disposition des Versenders, und deponirte sie, als der Versender sich der Rücknahme weigerte, im öffentlichen Lagerhaus. Um sich für den Rückempfang des zur Hälfte pränumerirten Kaufpreises sicher zu stellen, beantragte er die Beschlagnahme der Waare. Der Versender wendete ein, daß ein Arrest auf die Waare schon deßhalb nicht begründet sey, weil dieser als das härteste und eingreifendste Sicherungsmittel nicht stattfinde, wo dem Imploranten ein anderes Sicherungsmittel zu Gebot stehe, es Letzterem aber unbenommen sey, an der Waare ein Retentionsrecht auszuüben. Das Obertribunal verwarf diese Einwendung, weil der Arrest in dem Sinne kein subsidiäres Schutzmittel sey, daß der Gläubiger statt dessen auf einen schwierigeren und nachtheiligeren Weg, zu seiner Befriedigung zu gelangen, verwiesen werden könnte. Eine Retention der Waare aber würde für den Imploranten theils wegen seiner Verantwortlichkeit für die Aufbewahrung, theils wegen der Erschwerung des Identitätsbeweises der lästigere Weg gewesen seyn, um zu seinem Rechte zu gelangen.

Entsch. des Obertribunals zu Stuttgart vom 10. Februar 1863 in Sachen G. w. Gebr. M.

3) Hausmiethentschädigung für Schullehrer.[1]

(Von Herrn Pfarrer Süskind in Darmsheim.)

Das Gesetz vom 29. September 1836 Art. 30[2] bestimmt den Gehalt eines Schulmeisters neben freier Wohnung für ihn und seine Familie, oder einer entsprechenden Entschädigung für Hausmiethe. Uebereinstimmend damit lautet das Gesetz vom 6. November 1858 Art. 7:[3] „neben einer für den Bedarf einer Familie ausreichenden Wohnung oder entsprechenden Hausmietheentschädigung." Diese dehnbaren Festsetzungen hatten zur Folge, daß zu Zeiten, da man dem Lehrerstande weniger geneigt war, die Hausmiethe-entschädigung davon abhängig gemacht wurde, ob das Einkommen eines Lehrers den gesetzlich geringsten Betrag übersteige. So entschied der K. Geheimerath unterm 15. Februar 1845,[4] „es könne eine derartige Entschädigung von dem Rekurrenten insofern nicht in Anspruch genommen werden, als dessen Diensteinkommen von solchem Betrage sey, daß über dem gesetzlichen Minimum des Gehalts eines Schulmeisters darunter jedenfalls auch die nöthigen Mittel zur Bestreitung des Aufwandes für eine Wohnung begriffen seyen." Damit war ausgesprochen, daß gerade besser ausgestattete Schulstellen, mit welchen eine freie Wohnung nicht verbunden war, in Folge einer nur geringen Mietheentschädigung zu mittleren Stellen herabsanken, weil ein Theil des besseren Einkommens von dem Miethzins absorbirt werden mußte.

Der nicht selten drückenden Willkür von Seiten der Gemeinden wurde eine Schranke gesetzt durch die In-

[1] Vergl. dieses Archiv Bd. 2, S. 77, 78, 91.

[2] Reg.-Bl. S. 501.

[3] Reg.-Bl. S. 239.

[4] Min.-Erl. vom 22. Febr. 1845. Handausgabe d. Schulges. Bd. 2, S. 347.

struktion vom 28. Juni 1850,[5] indem dieselbe des Näheren erklärte, was denn eigentlich der Gelaß für eine Familie enthalten solle. So §. 5. Besonders genau im Auge zu behalten ist der Umfang der Oekonomie. §. 30. Die Zulänglichkeit der Schullehrerwohnung ist danach zu beurtheilen, ob die gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind. So weit die Gesetze keine bestimmte Vorschrift enthalten, ist auf billige Weise zu berücksichtigen, daß das gewöhnliche Raumbedürfniß einer Schullehrerfamilie nach den örtlichen Verhältnissen befriedigt seyn soll. §. 49. Für eine Schullehrerfamilie sind zwei heizbare Stuben, zwei Kammern, eine Küche und ein Bretterverschlag unter Dach in Anrechnung zu bringen. Wenn der Schullehrer einen Lehrgehilfen zu halten verpflichtet ist, so ist ein heizbares Gemach berechnet. Bei mehreren Lehrgehilfen genügt für 2—3 ein heizbares und ein unheizbares Gemach von der erforderlichen Größe. Außerdem soll die Wohnung den nöthigen Keller, Holzplatz und Bodenraum unter Dach erhalten, ferner Stallung für zwei Stücke Rindvieh, einen Anbindling, für zwei Schweine und für einen mäßigen Geflügelstand. Schulmeisterwohnungen auf dem Lande in Orten, in welchen kein Gemeindebackofen besteht, erhalten außerdem einen Backofen. Durch diese billigen Vorschriften hat man nun auch einen Anhaltspunkt für das Maß der Miethentschädigung.

Von allgemeinem Interesse ist in dieser Beziehung folgende Entscheidung des K. Ministeriums des Innern vom 16. September 1862 in der Streitsache des Schullehrers F. in Biberach gegen die dortige Stadtgemeinde wegen des von ersterem erhobenen Anspruchs auf Erhöhung seiner Hausmiethe-Entschädigung, welche dahin ergieng:[6]

---

[5] Regbl. S. 255.

[6] Stockmayer, württ. Schulwochenbl. v. 1862, Nr. 44.

„In Erwägung,

1) daß nach Art. 7 des Gesetzes vom 6. November 1858, betreffend die Abänderung einiger Bestimmungen des Volksschulgesetzes vom 29. September 1836, mit einer Schulmeisterstelle eine für den Bedarf einer Familie ausreichende Hausmiethe-Entschädigung verbunden seyn muß,

2) daß demgemäß ein Schullehrer, mit dessen Stelle eine Dienstwohnung nicht verbunden ist, einen gesetzlichen Anspruch auf eine solche Hausmiethe-Entschädigung hat, mittelst deren er sich nach den örtlichen Miethpreisen eine für den Bedarf einer Familie ausreichende Wohnung zu verschaffen im Stande ist;

3) daß die im Jahre 1859 in Biberach neu errichtete Schullehrerstelle, welche dem Kläger übertragen wurde, mit einer Hausmiethe-Entschädigung von 60 fl. ausgestattet worden ist, daß übrigens der damaligen Bemessung dieser Entschädigung die aus obiger Gesetzesbestimmung sich ergebende stillschweigende Voraussetzung zu Grunde lag, es werde die festgesetzte Summe für die Gegenwart und Zukunft zur Beschaffung einer für den Bedarf einer Familie ausreichenden Wohnung genügen;

4) daß hienach, da die einem Schullehrer ausgesetzte Hausmiethe-Entschädigung im Sinne des Gesetzes keineswegs die Natur einer unter allen Umständen unabänderlichen Aversalleistung hat, der Kläger eine Erhöhung der fraglichen Entschädigung in dem Fall zu fordern berechtigt ist, wenn er erwiesenermaßen mittelst derselben sich eine Wohnung, welche die für den Bedarf der Familie eines Schullehrers erforderlichen Räumlichkeiten darbietet, nicht mehr zu verschaffen im Stande ist;

5) daß, wie nach dem Ergebnisse der in der Instanz des Ministeriums angeordneten Zeugenvernehmung anzunehmen ist, seit dem Zeitpunkt der Festsetzung der fraglichen Hausmiethe-Entschädigung die Miethpreise in der Stadt Biberach durchgängig in erheblichem Maße gestiegen sind, und daß es mittelst der Summe von 60 fl.

gegenwärtig nicht möglich ist, sich eine Wohnung, wie solche der Kläger nöthig hat, dort zu verschaffen, — in diesen Erwägungen will das K. Ministerium unter Abänderung der Entscheidungen der vorigen Instanzen die Stadtgemeinde Biberach zu einer dem dermaligen Stande der örtlichen Miethpreise entsprechenden Erhöhung der Hausmiethe-Entschädigung des Schullehrers F. vom 1. Juli 1861 an, vorbehältlich einer veränderten Regulirung im Falle späteren Sinkens der Miethpreise, mit der Bestimmung für verbunden erkannt haben, daß der Betrag der Erhöhung, wenn sich die Betheiligten hierüber nicht verständigen sollten, von den Verwaltungsjustizbehörden in der Instanzenfolge noch besonders festzusetzen ist.

III.

Literarische Mittheilungen.

Die anthropologischen Momente der Zurechnungsfähigkeit von H. Ellinger. Zweite Auflage. St. Gallen 1861.

Die Redaktion fühlt sich zu der Anzeige der genannten Schrift zunächst durch die Beziehung aufgefordert, in welcher dieselbe zu der Monatschrift für die Justizpflege in Württemberg steht. Veranlaßt durch einen literarischen Streit über die allerdings eigenthümliche Bestimmung des Art. 296 der Straf-Proz.-O. von 1839, wonach das Gutachten von Sachverständigen über die Zurechnungsfähigkeit für den Richter maßgebend seyn soll, „wenn und soweit dasselbe auf Gründen beruht, die dem Gebiet der Heilkunde entnommen sind", hat der Verfasser obiger Schrift in dem zehnten, elften und zwölften Band der Monatschrift für die Justizpflege (1844, 1845 und 1846) Erörterungen über die anthropologischen Momente der Zurechnungsfähigkeit veröffentlicht, von welchen die Redaktion

derselben einen besonderen, jetzt vergriffenen Abdruck veranstaltet hat. Die vorliegende Schrift ist eine vielfach vermehrte und umgearbeitete zweite Auflage jener Aufsäze und bei dem hohen Interesse, welches dieser Gegenstand für Juristen und zumal seit Einführung der Schwurgerichte auch für Nichtjuristen darbietet, wird sich ihre Besprechung in diesem Archiv auch von einem allgemeinen Gesichtspunkte aus rechtfertigen.

Bei dem dieser Anzeige zugemessenen Raum ist es nicht möglich, den reichen Inhalt der Schrift auch nur annähernd zu erschöpfen. Der Referent beschränkt sich daher auf einen kurzen Ueberblick, welchem er einzelne Aeußerungen des Verfassers über einige besonders wichtige Fragen folgen lassen wird.

Nach einer kurzgefaßten Zusammenstellung der Hauptfunktionen des menschlichen Körpers behandelt der Verfasser in der Einleitung die Grundvermögen der Seele als verschiedene Erscheinungen des Seelenlebens, indem er als Resultat des Erkenntnißvermögens einer- und der Spontaneität, der Anlage zur Frei- und Selbstthätigkeit andererseits, als Resultat „der Fähigkeit, sich mit Wissen selbst zu bestimmen," die Zurechnungsfähigkeit d. h. den menschlichen Zustand bezeichnet, welchem die Rechtspflege eine Verantwortlichkeit für begangene Handlungen thatsächlich zuschreibt.

Im ersten Theil erörtert der Verfasser die leiblichen und die moralischen Grundbedingungen der Zurechnungsfähigkeit und die Ursachen ihrer Störung, indem er unter den ersten die körperliche Organisation, Geschlecht und Alter und besondere krankhafte Zustände des Körpers, Sinnenmangel, Aufregung der Gelüste und natürliche Triebe, Epilepsie und verwandte Zustände, Schlafdelirium, Narkotismus, unter den letzteren die angeborenen Eigenthümlichkeiten des Seelenlebens, Temperament, Naturell und Indiosynkrasie, ferner Erziehung und Bildung, Affekte und Leidenschaften in kurzer leicht faßlicher

Darstellung und mit steter Beziehung auf den praktischen Zweck vorüberführt. Hiemit ist die Grundlage für den zweiten Theil, die Darstellung der Seelenstörungen selbst, in ihren allgemeinen Merkmalen, und ihren besonderen Erscheinungsformen gewonnen. Als Hauptformen der Seelenstörung behandelt der Verfasser, hierin übereinstimmend mit den althergebrachten Eintheilungen Schwermuth, Tollheit, wechselnde Gemüthsstörung, Delirium, partielle Verrücktheit (religiöser Wahnsinn) allgemeine Verrücktheit, Verwirrtheit und Blödsinn, welche auch in verschiedenen Verbindungen untereinander, unter Umständen mit Convulsionen und Lähmungen verbunden, vorkommen können. Da diese Zustände, wenn sie eine so ausgesprochene Erscheinungsform angenommen haben, in der Regel allgemein und leicht als Geistesstörungen erkannt werden, welche die Zurechnungsfähigkeit aufheben, so können wir hierüber einfach auf die Schrift selbst verweisen.

Von besonderem Interesse sind dagegen die Ausführung und die Erörterungen über die allgemeinen Symptome der Seelenstörungen und über die Erkenntniß der unvollkommenen und angezweifelten Formen derselben.

Dem Referenten scheint es ein Verdienst des Verfassers zu seyn, über diese Frage eine einfache und ebendeßhalb dem praktischen Bedürfniß entsprechende, wenn auch nicht gerade neue Theorie aufgestellt zu haben, welche allerdings über das philosophische Problem der Willensfreiheit und der sittlichen Imputation, wie der Verfasser selbst anerkennt (S. 9), keinen Aufschluß gibt, dagegen vollkommen zureicht, um über die rechtliche Imputation ein auf objektiv erkennbare Thatsachen, auf die Erfahrung, gestütztes und ebendarum sicheres Urtheil abzugeben. Der Verfasser sagt hierüber:

„Hätten alle Menschen die gleichen Naturanlagen, würden alle dabei dieselben Arten und Stufen der Ent-

wicklung durchmachen und dieselbe Erziehung genießen und auch sonst dieselben Einflüsse erfahren, so müßte bei gleichem Alter immer die gleiche Zurechnungsfähigkeit zu erwarten und vorauszusetzen seyn. Da sich aber dieses nicht so verhält, sondern vielmehr Jeder in Anlage, Alter, Entwicklungsgang und Grad, Erziehung, Erfahrungen jeder Art sein Eigenthümliches hat, so kann es auch nur nach dem individuellen Maße des Erkenntnißvermögens und der Selbstbestimmungsfähigkeit ein individuelles Maß der Zurechnungsfähigkeit geben. Es möchte nun die Erforschung dieses individuellen Maßes sehr schwer seyn und sie kann es auch im konkreten Fall werden. Doch ist uns von der Natur insofern einige Erleichterung gegeben, als hierin wie im ganzen Reiche der Natur bestimmte Ideen aufzufinden sind (deren Varietäten immer wieder auf sie zurückgeführt werden können), an deren Leitung wir vom Individuum aufwärts zum Allgemeinen und umgekehrt, vom Allgemeinen abwärts zum Individuum zu steigen und demgemäß unser Urtheil zu bilden vermögen. So existirt denn nach der seelischen und körperlichen Seite eine Summe von Merkmalen, welche den meisten Menschen zukommen und ihnen eine gewisse Uebereinstimmung und Aehnlichkeit geben und so trifft man ein mittleres Maß der geistigen und körperlichen Organisation, von welchen die meisten Abweichungen nur geringfügiger Art sind und das man unter Einschluß dieser geringen Abweichungen in den Begriff des „Gewöhnlichen" fassen kann."

Aus diesen Prämissen leitet der Verfasser das allgemeinste Merkmal einer Seelenstörung ab, indem er sagt:

„So lange ein Mensch fühlt, denkt und will, wie es unter seinen Mit- und Nebenmenschen, Geschlechts-, Standes-, Alters- und Bildungsgenossen die gewöhnliche Art zu fühlen, zu denken und zu wollen ist, und so lange der allgemeine Menschenverstand an der psychischen Thä-

tigkeit des Einzelnen Nichts Außergewöhnliches wahrnimmt, ist derselbe im Allgemeinen als seelengesund zu bezeichnen. Beim gegentheiligen Verhältniß hat man noch die Art des psychischen Seyns bei demselben Individuum zu verschiedenen Zeiten unter nicht wesentlich verschiedenen Verhältnissen in's Auge zu fassen. Aber selbst eine auf diese Weise wahrgenommene Veränderung des psychischen Darlebens gibt noch keinen genügenden Grund, auf den Thatbestand einer Seelenstörung zu schließen, weil sie ebenso gut die Folge seyn kann von in sich aufgenommenen Irrthümern, als das Resultat von mehr oder weniger fein angelegten Plänen; es muß dieselbe sich entwickelt haben aus Gründen, wie sie der genetische Prozeß der Seelenstörungen nachweist; es muß dieselbe eine Uebereinstimmung zeigen mit einer Veränderung im physischen Leben, wie sie jener nach psychologischen Gesetzen entspricht, es muß dieselbe mit einem Wort auf eine Art sich gebildet haben, daß sie erfahrungsgemäß als krankhaft bezeichnet werden kann."

Wenn anders die Forderung der Krankhaftigkeit der Erscheinungen nicht eine Tautologie ist, so nimmt der Verfasser in denjenigen Fällen, in welchen auch eine „Veränderung des psychischen Lebens", eine Abweichung desselben von dem Gewöhnlichen und von dem gewöhnlichen Seelenleben des Individuums nachgewiesen ist, eine Seelenstörung nur dann als erwiesen an, wenn derselben andere äußerlich erkennbare Momente, also namentlich Störungen in einzelnen Organen oder Funktionen des Körpers oder besondere Thatsachen, z. B. familiäre Anlage zu Geisteskrankheiten, die besondere Art der Handlung und das Unsinnige ihrer Ausführung u. s. f. zur Seite stehen.

Daß hiemit für die Frage über die Grenze zwischen Zurechnungsfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit insofern nichts gewonnen ist, als zwar Beweismittel, entfernte oder nahe Anzeigen für den einen oder andern

Zustand, nicht aber die entscheidenden Merkmale dieses Zustandes selbst bezeichnet werden, kann nicht in Abrede gezogen werden. Gleichwohl muß gerade hierin ein richtiger Gedanke erkannt werden. Der Richter muß darauf verzichten, ein absolutes Wissen über die Zurechnungsfähigkeit des Individuums in allen denjenigen Fällen zu erreichen, in welchen keine solche Abweichung des psychischen Lebens von dem „Gewöhnlichen" vorliegt, welche sich als eine der bekannten, oben erwähnten Krankheitsformen offenbar darstellt. In allen diesen Fällen muß die Zurechnungsfähigkeit insolange als vorhanden von dem Juristen und Richter angenommen werden, als nicht die von dem Verfasser besonders erörterten objektiven Momente die Annahme einer solchen ausschließen.

Insofern trifft der Verfasser, wenn gleich von verschiedenen Ausgangspunkten ausgehend, mit der neuesten juristischen Wissenschaft zusammen, wie z. B. Köstlin[1] zur Erklärung der Unzurechnungsfähigkeit eines Individuums „den Beweis der über sein Wissen und Wollen mächtig gewordenen Naturnothwendigkeit, den Beweis wirklicher körperlicher Krankheit" verlangt. In der That genügt es auch für das Urtheil der rechtlichen Imputation, solche objektiv erkennbare Momente, welche nach der Erfahrung die Spontaneität im obigen Sinn ausschließen, festzustellen, da es die Strafgewalt nicht mit den ungreifbaren Momenten des Seelenlebens, welche sich jeder objektiven Beurtheilung entziehen, zu thun haben kann.

Auf der andern Seite tritt im Gefolge dieser Auffassung das Bedürfniß um so entschiedener hervor, zwischen die Zurechnungsfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit ein Drittes, verminderte Zurechnungsfähigkeit, zu stellen. Der Verfasser sagt hierüber sehr treffend:

„Man führt einen wissenschaftlichen Streit darüber, ob man „von Graden der Zurechnungsfähigkeit" sprechen

[1] Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts Tüb. 1845, S 157.

könne. Es ist nicht in Abrede zu ziehen, daß es zwischen Zurechnungsfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit logisch ein Drittes nicht geben kann; damit ist aber nicht gesagt, daß nicht die Zurechnungsfähigkeit in Fällen „vermindert," „beschränkt," „bedingt" ꝛc. seyn kann; nach unserer Darlegung ist sie sogar eine „individuelle", also unendlich gradative. Die Praxis hat darüber entschieden, und mag man nun von „Graden der Zurechnungsfähigkeit" oder von „verschiedener Zurechnung" oder von „Ermessen des Richters" sprechen, so ist dieses praktisch unwesentlich. Jener absolute Satz: „unbedingt zurechnungsfähig oder unzurechnungsfähig" hat seine Wurzel in der Lehre von der Freiheit, welche dieselbe als unbedingt vorhanden oder nicht vorhanden annahm und die stete Nothwendigkeit ihrer anthropologischen Vermittlung außer Acht ließ."

Mag man auch in der Annahme von Stufen der Unzurechnungsfähigkeit nur einen Nothbehelf erblicken, das Leben wird dieselben nicht entbehren können, weil es Fälle gibt, in welchen sich das natürliche Rechtsgefühl ebensosehr gegen Freisprechung wegen Unzurechnungsfähigkeit als gegen die Verurtheilung zu der für den vollkommen zurechnungsfähigen Menschen berechneten Strafe sträubt. Mag es auch richtig seyn, daß es dem Individuum entweder möglich oder nicht möglich gewesen seyn muß, eine strafbare Handlung nicht zu begehen, und daß zwischen beiden Fällen kein Drittes denkbar ist, so ist es doch eine auf der Abstraktion beruhende Selbsttäuschung, zu verlangen, daß es dem Richter immer möglich sey, ein solches Entweder Oder mit Sicherheit zu erkennen; denn dieses Möglich oder Unmöglich wird durch individuelle, innerliche, jeder Erkenntniß sich entziehende Thatsachen bedingt und in dem Fall also, wo nach den gewöhnlichen Begriffen die Ueberwindung des Triebs zum Verbrechen als möglich anzunehmen gewesen wäre, während die individuellen Umstände dagegen sprechen, oder wo ein vor-

züglich kräftiger durch Gewohnheit gestählter, gesetzmäßiger Wille die Ueberwindung des bösen Triebs ermöglicht hätte, während der Wille des schwächeren Individuums dem bösen Triebe in Folge des Mangels an Kraft mit Naturnothwendigkeit unterliegen konnte, bleibt Nichts übrig, als zwischen dem Urtheil von Zurechnungsfähigkeit oder Unzurechnungsfähigkeit stehen zu bleiben, wofür die Gesetzgebung in den Worten „verminderte Zurechnungsfähigkeit" einen wenn gleich nicht ganz geeigneten Ausdruck gefunden hat.

Wenn der Verfasser von einer unendlich gradativen Zurechnungsfähigkeit spricht, so denkt er hiebei offenbar nicht daran, daß dasselbe Subjekt „beinahe mit Freiheit" habe handeln können; er gibt vielmehr selbst zu, daß die Handlung nur entweder eine freie oder eine unfreie seyn könne. Aber die Stufen entstehen durch die Vergleichung des individuellen Zustands mit dem „Gewöhnlichen"; ähnlich wie es bei der culpa in concreto keine Stufen gibt, sondern nur bei der culpa in abstracto und daß diese Vergleichung mit dem „Gewöhnlichen" zuläßig seyn muß, beruht eben in der natürlichen Scheu, im konkreten Fall ein absolutes Urtheil zu fällen, in dem Anerkenntniß, daß dem Urtheil das geistig individuelle Leben eben nur in der Vergleichung mit den gewöhnlichen Zuständen erschlossen ist. Wo das gewöhnliche Maaß der Widerstandskraft des guten Willens gegen den Trieb zum Verbrechen aus individuellen Gründen nicht vorhanden ist, legt die letztere Wahrnehmung die Möglichkeit der Unzurechnungsfähigkeit nahe. Dieses Urtheil zu fällen, ist aber unmöglich, weil sich das von dem Gewöhnlichen abweichende individuelle Seelenleben jeder Beurtheilung entzieht. Man muß daher nach dem Maaßstab des Gewöhnlichen die Zurechnungsfähigkeit behaupten, aber der Abweichung von dem Gewöhnlichen durch eine abweichende, mildere B e s t r a f u n g Rechnung tragen. In dieser Begründung verschwindet der Streit über die Grade der Zurechnung und er wird zu einem

bloßen Wortstreit, wie auch Köstlin[2] die Berücksichtigung der besonderen Fälle, in welchen die Praxis von verminderter Zurechnung spricht, bei der Strafausmessung zuläßt. So hat der Verfasser der obigen Schrift bei seiner Annahme der individuellen Stufen der Zurechnungsfähigkeit wohl nur an die verschiedene Beurtheilung durch den Strafrichter, an die Verschiedenheit der Strafen gedacht und in diesem Sinn wird ihm auch die Wissenschaft, nicht nur die Praxis zustimmen.

Aus diesem ganzen Standpunkt des Verfassers ergibt sich seine Ansicht über die von der anthropologischen Wissenschaft lebhaft bekämpften Monomanieen oder unwiderstehlichen Triebe. Auch hier trifft der Verfasser mit den Ansichten der neueren Strafrechtswissenschaft im Wesentlichen zusammen. Was er hierüber sagt, scheint dem Referenten zum Schluß dieser kurzen Anzeige noch eine Stelle zu verdienen. Nach der Mittheilung des von Esquirot in seiner Eintheilung der Geisteskrankheiten als besondere Form erstmals aufgestellten Begriffs der Monomanie fährt der Verfasser fort:

„Der so umfassend aufgestellte Begriff der Monomanie rief jedoch, nachdem er unter den Händen Zweiter und Dritter noch eine weitere Ausdehnung erlangt hatte, begründete Einsprache hervor. Denn wenn es auch anerkannt werden muß, daß diese Aufstellung der Monomanie der von den Irrenärzten längst gewonnenen Einsicht, daß zur Beschränkung und Unterdrückung des Vermögens der vernünftigen Selbstbestimmung schon ein partielles Irreseyn hinreichend und nicht gerade ein anhaltendes und verbreitetes Irrereden nothwendig sey, einen allgemeinen Eingang — namentlich auch zu den Gerichtshöfen verschafft und für die Erklärung mancher dunkler Vorgänge in der Seele einen leitenden Faden zur Hand gegeben hat, so kann es auch nicht geläugnet werden, daß die allzuweite Anwendung jenes Begriffs wieder Mißtrauen gesäet und zum öffentlichen Ausspruche des Gedankens

[2] A. a. O. S. 159.

Veranlassung gegeben, daß die Monomanie eine moderne Schöpfung und eine neue Ausflucht sey, und daß sie nur allzubequem sey, bald den Schuldigen der gerechten Strenge der Gesetze zu entreißen, bald einen Bürger seiner Freiheit zu berauben. Es muß auch die psychiatrische Anwendung des Monomaniebegriffes auf das einfache Vorherrschen einer Neigung oder den Bestand einer und zwar einer einzigen sogenannten fixen Idee durchaus mißbilligt und verworfen werden, weil sie damit auf das Gebiet des Kranken hinüberzieht, was in dasjenige der Leidenschaft und des Irrthums oder Aberglaubens gehört; es darf und kann ihr nur da Raum gestattet werden, wo man eine vorherrschende Neigung oder Ideenrichtung in einer der angegebenen Krankheitsformen kurz bezeichnen will; es wäre aber am besten, wenn dieser Begriff im Allgemeinen und nach seinen einzelnen Arten völlig ausgemerzt würde, um nicht wieder in einseitiger Uebertreibung die werthvolle Verständigung, zu welcher er verholfen hatte, zu verlieren. Doch können wir es vorläufig noch nicht umgehen, einzelne Arten der Monomanie kurz zu besprechen."

Dieses kurze Referat über die Schrift wird genügen, um deren Werth und Bedeutung namentlich auch für die Geschworenen darzuthun. Die reiche Erfahrung des zur Zeit eine Heilanstalt in Wyl im Canton St. Gallen leitenden Verfassers, die nüchterne praktische Beobachtung, welche in der Schrift niedergelegt ist, in Verbindung mit einer klaren und faßlichen Sprache machen sie ganz besonders zur Verbreitung wichtiger und brauchbarer Kenntnisse und Anschauungen über die räthselhaften Zustände der Seelenstörungen auch unter Laien geeignet. Je häufiger Nichtjuristen als Geschworene in die Lage kommen können, über die Frage der Zurechnungsfähigkeit eine eigene Ansicht gewissenhaft sich zu bilden, um so mehr ist zu wünschen, daß sie von Richtern und Anwälten auf die angezeigte Schrift aufmerksam gemacht werden.

Sy.

Alphabetisches Sachregister.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

A.

T.

U.

V.

W.

Z.

3/6/05.

